3 1761 09373269 1

Das

System der erworbenen Rechte.

Eine Versöhnung

des

positiven Rechts und der Rechtsphilosophie

von

Ferdinand Lassalle.

In zwei Theilen.

Zweite Auflage,

herausgegeben

von

Lothar Bucher.

Erster Theil.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1880.

Law
L346

Die

Theorie der erworbenen Rechte

und der

Collision der Gesetze

unter besonderer Berücksichtigung

des

Römischen, Französischen und Preußischen Rechts

dargestellt

von

Ferdinand Lassalle.

Zweite Auflage,

herausgegeben

von

Lothar Bucher.

Leipzig:
F. A. Brockhaus.

1880.

Τρέφονται γάρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπό ἑνός τοῦ θείου· κρατεῖ γάρ τοσοῦτον, ὁκόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίνεται.

Heraklit.

Et ego in hoc omni sermone nostro, quod ad cumque legis genus me disputatio nostra deduxerit, tractabo, quoad potero, ejus ipsius generis jus civile nostrum; sed ita, locus ut ipse notus sit, ex quo ducatur quaeque pars juris, ut non difficile sit, qui modo ingenio possit moveri, quaecumque nova causa consultatione acciderit, ejus tenere jus, cum sciat a quo sit capite repetendum.

Cicero, De legg., II, 18.

21255
25/1/92
C

Meinem Vater

zu

seinem siebzigsten Geburtstage

in

Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2014

https://archive.org/details/dassystemdererwo00lass

Vorrede.

Wenn das nachfolgende Werk seine Aufgabe wahrhaft gelöst haben soll, so kann und darf es in seinem letzten Resultate nichts Geringeres sein, als die rechtswissenschaftliche Herausringung des unserer ganzen Zeitperiode zu Grunde liegenden politisch-socialen Gedankens. Diese Behauptung kann im ersten Augenblick paradox, der Zusammenhang eines rechtswissenschaftlichen Werks, welches rein und streng als solches auftritt, mit dem politischen Zeitgedanken unklar erscheinen. Die tiefere Nothwendigkeit desselben ergibt sich nichtsdestoweniger schon aus einer kurzen Betrachtung.

Was ist es, das den innersten Grund unserer politischen und socialen Kämpfe bildet? Der Begriff des erworbenen Rechts ist wieder einmal streitig geworden — und dieser Streit ist es, der das Herz der heutigen Welt durchzittert und die tief inwendigste Grundlage der politisch-socialen Kämpfe des Jahrhunderts bildet!

Im Juristischen, Politischen, Oekonomischen ist der Begriff des erworbenen Rechts der treibende Springquell aller weitern Gestaltung, und wo sich das Juristische als das Privatrechtliche völlig von dem Politischen abzulösen scheint, da ist es noch viel politischer als das Politische selbst, denn da ist es das sociale Element.

Aber die bloße Nothwendigkeit, hierauf erst noch hinzuweisen, zeigt nur, in welcher geistlosen Verflachung und Oberflächlichkeit der Begriff des Politischen von den Wortführern der liberalen Bourgeoisie gefaßt wird, und ist nur ein Ausfluß hiervon. Die Isolirtheit, in welcher die liberale Bourgeoisie das Politische auffaßt, ist es, welche ihren Standpunkt und Geisteshorizont charakterisirt und die Natur ihrer Leistungen

bedingt. Diese Isolirtheit ist es, welche zugleich ihren politischen Diatriben jenen erstaunlich langweiligen, kannegießernden Anstrich verleiht; sie ist es, welche sie zwingt, da sie niemals von der Universalität des Geistigen eine Ahnung erlangt und sich des politischen Inhalts nur in jener todten Abgerissenheit zu bemächtigen sucht, in welcher das Geistige sein Leben und sein Verständniß eingebüßt hat, sich an bloße Worte hinzuverlieren und auf Worten, mit Worten und für Worte zu kämpfen!

Dieser Wortcultus kann natürlich nicht umhin, zu einem gänzlichen Verlust jedes Gedankeninhalts und in dessen Folge zu den ergötzlichsten Verwirrungen zu führen. So gilt in Deutschland bekanntlich Savigny, der Chef der historischen Schule, als ein Hauptrepräsentant der reactionären Partei, während seine Principien über die erworbenen Rechte noch wahrhaft revolutionär und umwälzend zu nennen wären neben der lächerlich widerspruchsvollen Stellung, welche von den Vertretern des Liberalismus in der Rechtswissenschaft hierbei eingenommen wird. Als ein Beleg dieses ergötzlichen Gegensatzes, als ein köstliches Beispiel dieser händeringenden Verwirrung und der komischsten Verstrickung in Widersprüche, die sich mit jedem Schritte selbst aufessen, kann der Artikel „Hausgesetze" von Jordan, in Rotteck und Welcker's „Staats-Lexikon" (1. Aufl., Altona 1839), dienen.

Eine wahrhafte Theorie der erworbenen Rechte wird daher immer, ob sie dies bezwecke oder nicht, nur denselben Gedanken, welcher die bewegende und treibende Seele der gesammten Zeitperiode bildet — wir nehmen dieses Wort im Sinne der größten, umfassendsten Abschnitte und der entscheidenden Wendepunkte des Geistes —, zur Wissenschaft erheben. Sie wird diesen Gedanken zur vollendeten Sichselbstdurchsichtigkeit bringen, ihn so aus seiner unmittelbaren, als Instinct wirkenden Form befreien und sich seiner in seiner wahrhaften Gestalt und vollendeten Totalität bewußt werden. Sie wird ihn ebendeshalb auch als das nachweisen müssen, was schon bisher der thätige, organische Bildungstrieb in der empirischen Rechtswirklichkeit war. Dies steht in keinem Widerspruche zu dem Vorigen. Das Anbrechen einer neuen Zeit besteht immer nur in dem erlangten Bewußtsein über das, was die bisher vorhandene Wirklichkeit an sich gewesen ist.

Gelänge es, wissenschaftlich nachzuweisen, daß der gesammte bisherige Rechtsstoff, und zwar der praktisch wie historisch vorhandene, seit seiner Entstehung zur Römerzeit, daß also das System des Rechts

selbst einer ganz andern und höhern Durchsichtigkeit fähig ist als diejenige, welche ihm bisher gelang, so würde dann hierdurch zugleich auch das wahrhafte wissenschaftliche Symptom gegeben sein, daß die Rechtswirklichkeit im Begriff ist, einer absolut entgegengesetzten Gestalt zuzueilen. Denn zu ihrem bewußten Ausgangspunkte das nehmend, was bisher, und seit ihren ältesten Grundlagen, nur ein unbewußt wirkender Trieb in ihr war, muß sie vermöge der Consequenz des sich in freier Bewußtheit verwirklichenden Gedankens sich nothwendig und in allen ihren Grundlagen zu einem ebenso absolut entgegengesetzten äußern Bau gestalten, als sie innerlich in engster Continuität mit ihrer Vergangenheit steht. Es würde somit das wissenschaftliche Symptom gegeben sein, daß innerlich eine totale Umwandlungsperiode, die Zeit einer Weltwende für die Rechtswirklichkeit eingetreten ist.

Es ist nicht unsere Absicht — und wäre, selbst wenn wir es beabsichtigten, nicht einmal möglich — eingehender, als hier geschehen, dies klar zu legen. Das wahrhafte Verständniß des Gesagten kann sich erst ergeben, wenn nach der Lektüre des ganzen Werks ein Blick auf diese Vorrede zurückgeworfen wird, wie denn jede Vorrede für den Autor vielmehr eine Nachrede ist, und es eben kein günstiges Zeichen für das Werk selbst ist, wenn diese Nachrede über das Verhältniß des Werks zur Wissenschaft dem Leser verständlich und durchsichtig ist, ohne daß er das Werk kennt. Denn es wäre dann hierdurch jedenfalls schon der Beweis gegeben, daß durch das Werk in dem innern Bau der Wissenschaft nichts von Bedeutung geändert ist.

Wir wenden uns daher einem andern Punkte zu, demjenigen, das nothwendige Misverhältniß anzudeuten, in welchem der Titel dieses Werks zu seinem Inhalt steht. Das Werk enthält, sei es nun des Gelungenen, sei es des Mislungenen, jedenfalls unendlich mehr, als sein Titel ahnen läßt, und wir nennen dieses Misverhältniß ein nothwendiges.

Wer eine Theorie der erworbenen Rechte schreiben will, wird nämlich nothwendig sehr bald entdecken, daß dies Unternehmen nur ausführbar ist, wenn zuvor die einzelnen positiven Rechtsinstitute selbst in ihrem wahrhaften Wesen erkannt sind. Allein dies war bisher keineswegs der Fall, und wir waren daher genöthigt, auch noch die eigenen Grundlagen und Voraussetzungen unsers Werks in demselben aufzuführen. So mußten wir die Institute des dolus und Zwanges, Irrthum

und Unwissenheit, ignorantia juris und facti, Irrthum in der Substanz und in den Motiven, die ädilicischen Klagen und die Condictionen, den Quasicontract und die negotiorum gestio u. s. w., und vor allem das Erbrecht, zu ihrer begrifflichen Erkenntniß und Darstellung bringen, wenn es möglich sein sollte, eine wissenschaftliche Theorie der erworbenen Rechte zu entwickeln.

Es ist ein nur zu erklärliches Wunder, wenn bisher von allen diesen Rechtsinstituten und von so vielen andern kein einziges erkannt war.

Es sind jetzt über vierzig Jahre her, daß Hegel die erste Ausgabe seiner „Rechtsphilosophie" erscheinen ließ. Dies Werk konnte nach den gesammten Grundbedingungen seines Erscheinens als der erste Versuch, das Recht als einen vernünftigen, sich aus sich selbst entwickelnden Organismus nachzuweisen, zur wirklichen Rechtsphilosophie gar kein anderes Verhältniß einnehmen, als etwa die allgemeine logische Disposition eines Werks zu dem Werke selbst. Hegel legte den Plan des Werks, er gab seine allgemeinsten Grundgliederungen; und wie beschaffen dieser Plan immer sei, es bleibt dies ein großes und hinreichendes Verdienst für den ersten Autor, der ohnehin bei der Universalität seiner Aufgabe sich keiner Specialmaterie ausschließender hingeben konnte. Die nächste Aufgabe der Hegel'schen Philosophie wäre nun gewesen, die Disposition zum Werke auszuführen, d. h. zunächst eine Philosophie des Privatrechts zu schreiben und die gesammten realen und positiven Institute desselben zu entwickeln. Hierzu ist nicht einmal ein Versuch gemacht worden! Es fehlte nicht an Rechtsphilosophien, aber man begnügte sich, die Hegel'sche Rechtsphilosophie mit Abänderung, Verschiebung und in der Regel Verschlechterung irgendeines Dütelchens und Pünktchens zu wiederholen. Statt in den Reichthum des positiven Rechtsmaterials einzudringen und ihn begreifend zu gestalten, statt die positive Rechtswissenschaft selbst vom philosophischen Gedanken aus zu entwickeln und zu erzeugen, begnügten sich die Philosophen, im Himmel ihrer allgemeinen Redensarten der groben Erde des realen Rechtsstoffs so fern wie möglich zu bleiben. Sie begnügten sich, statt an das Werk selbst zu gehen, die Hegel'sche Disposition zum Werke immer wieder zu repetiren, jene dünnsten, allgemeinen Grundlinien, wie Eigenthum, Vertrag u. s. w., immer von neuem abzuhaspeln. So kam es, daß nicht einmal die schwächsten und naheliegendsten Fortschritte gemacht, nicht einmal der Quasicontract, die negotiorum gestio, geschweige denn die ädilicischen

Klagen, die Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Irrthums u. s. w. erklärt wurden, weil dies bei Hegel nicht geschehen war, so nothwendig und unvermeidlich dies auch für die Erkenntniß des *Willensbegriffs* selbst, dessen Entwickelung und Darstellung die Rechtsphilosophie nur ist, gewesen wäre. Wir haben hierbei nicht Rechtsphilosophien vor Augen, wie z. B. vor kurzem eine von Adolf Trendelenburg erschien. Solche Werke sind jedenfalls, wie sie auch ausfallen mögen, die ungeheuere Gedankenanstrengung, das Recht als eine vernünftige Totalität in unabhängiger und eigenthümlicher Weise zu begreifen, und können deshalb, wie Hegel selbst, bei ganz allgemeinen Grundzügen stehen bleiben. Wir sprechen ausschließlich von den Hegelianern. Sie gerade, für welche die philosophische Methode und die Auffassung des Rechtssystems überhaupt, sie, für welche sogar die ganze Architektonik und Gliederung der Rechtsphilosophie eine bereits von Hegel gegebene und aus ihm beibehaltene war, — für sie gerade hatte es nur dann einen Sinn, eine Rechtsphilosophie zu schreiben, wenn sie sich zum Eindringen in den positiven Rechtsstoff und in die Realität der Institute des Privatrechts, wenn sie sich zur *philosophischen Erzeugung der positiven Rechtswissenschaft* entschlossen hätten.

Nichts von alledem geschah oder wurde auch nur versucht. Es ging der Hegel'schen Philosophie in Bezug auf das jus, wie es ihr fast in Bezug auf alle Fächer der realen Wissenschaften, mit Ausnahme der Theologie und etwa der Aesthetik, erging. Wenn man früher in der Natur von einem horror vacui sprach, so herrschte allen Ernstes bei den Hegelianern ein horror pleni, ein Grauen vor dem positiven Stoffe und seiner unnahbaren Fülle, während doch gerade nur aus dem concreten Detail des Empirischen die *Wahrheit* erkannt werden, und auch nur in ihm die Schärfe ihres Beweises finden kann. Freilich ist die empirische Wissenschaft ein weit schwerer zu erlangendes und auch ein weit unnachgiebigeres und somit in beiden Beziehungen weit unbequemeres Element als der geschmeidige Aether allgemeiner Redensarten. So ist es denn dahin gekommen, daß — was der gute Genius der deutschen Nation verhüten möge — aus der Hegel'schen Philosophie selbst, dieser Quintessenz aller Wissenschaftlichkeit, sich eine neue literarische Schöngeisterei zu erzeugen, daß sie sich in eine neue belletristische Geistreichigkeitsbrühe zu verwandeln droht, die man den unbegriffenen und ungewußten Dingen aufgießt!

Hegel selbst und seine Philosophie tragen hieran keine Schuld. Auf allen Seiten seiner Werke hat Hegel stets unermüdlich hervorgehoben, daß die Philosophie identisch mit der Totalität der Empirie sei, daß die Philosophie nichts so sehr erfordere, als die Vertiefung in die empirischen Wissenschaften. Mit hohem Recht rief in geistreicher Wendung ein Freund Hegel's an dessen Grabe den Hegelianern zu: Alexander der Große sei todt, und es sei jetzt Pflicht seiner Generale, sich in sein Reich zu theilen. Allein um sich in dies Universalreich zu theilen, das von Hegel nur im allgemeinen in Besitz genommen war, hätten die Provinzen desselben nun im Einzelnen von den Generalen realiter erobert werden müssen. Diese reale Eroberung unterblieb; nothwendig konnte daher auch der allgemeine Besitzstand ebenso wenig auf die Dauer behauptet werden, wie von jenen Nachfolgern Alexander's, und dies erklärt den Verfall und die Misachtung, in welche die Philosophie gegenwärtig gerathen ist. Ein bemerkenswerther Versuch wurde gerade in Beziehung auf das Recht in der That gemacht. Wir meinen das „Erbrecht" von Gans. Dieser Versuch war, wie wir im zweiten Theile unsers Werks sehen werden, noch ganz abstract und verunglückt. Aber es war doch mindestens ein ernsthafter und realer, höchst anerkennenswerther Versuch. Man hätte ihn nicht oft wiederholen, nicht in ähnlichem Sinne sich auf andere Theile des Rechtsgebiets einlassen können, ohne sich allmählich an der Festigkeit des realen Stoffes zwangsweise auf den rechten Weg hinzustoßen. Allein es hatte hierbei sein Bewenden.

Hieraus erklärt sich das Verhältniß, das zwischen der Rechtsphilosophie und der positiven Rechtswissenschaft nothwendig eintreten mußte. Die Hegel'sche Philosophie hat den Anspruch einer Versöhnung zwischen Naturrecht und positivem Recht, den sie erhob und zu dem sie das allgemeine Grundprincip in der That in sich enthält, keineswegs zur Erfüllung gebracht. Rechtsphilosophen und positive Juristen fahren daher fort, in derselben abstracten und kaum voneinander Notiz nehmenden Stellung fortzuexistiren, wie jemals vor Hegel's Zeit, ja in noch höherm Grade als in der Hegel selbst angehörenden Periode. Denn es läßt sich nicht verkennen, daß sich z. B. in Savigny's Werken überall ein Einfluß und ein Trieb philosophischen Denkens wahrnehmen läßt, wie er durchaus nicht in dieser Weise bei den meisten Spätern existirt. In dieser abstracten Trennung voneinander war die Stellung der Rechtsphilosophen und der positiven Juristen natürlich gleichmäßig unerquicklich

und nothwendig resultatlos. Hatten die Rechtsphilosophen, im Himmel der allgemeinen Phrase stecken bleibend, das reale Reich des Rechts grundsätzlich aufgegeben und sich von ihm zurückgezogen, hatten sie sich hierdurch selbst genöthigt, auch in jenen allgemeinsten Grundlinien des Rechts, die sie in den Kreis ihrer Betrachtung zogen, in die abstractesten und falschesten Auffassungen zu verfallen, so blieben die positiven Juristen nach wie vor im empirischen Material als solchem befangen und allen den zahllosen Täuschungen hingegeben, in welche sich der Verstand, wenn er auf Erkenntniß des Geistigen ausgeht, bei jedem Schritt mit Nothwendigkeit verstricken muß.

Nichtsdestoweniger erfordert die Gerechtigkeit, einzugestehen, daß in dieser Trennung die Rolle der positiven Juristen immer bei weitem die nützlichere war, wie sie auch die geringere Schuld trifft. Denn als Vertreter des Gedankens, welcher selbst das übergreifende Moment ist, hatten die Philosophen ebendeshalb auch die Pflicht, in ihren Gegensatz überzugreifen, selbst zu positiven Juristen zu werden und das Stoffliche aus dem Gedanken zu erzeugen. Den Vertretern des Stoffs dagegen konnte es schon weit weniger verdacht werden, wenn sie das Beharren auf sich selbst, diese Eigenschaft alles Stoffs, auch hier zur Darstellung brachten. Selbst in dieser abstracten Trennung führten sie wenigstens noch Bausteine herbei, brachten Material zusammen und leisteten vorbereitende Dienste für spätere Erkenntniß. Der Stoff hat ohne den Gedanken immer noch einen relativen Werth, der Gedanke ohne den Stoff nur die Bedeutung einer Chimäre.

Und selbst alles, was zur Vergeistigung und Erkenntniß des Rechtsstoffs in den letzten zwanzig Jahren etwa noch geschehen ist, ist — man muß dies unverhüllt gestehen — immer von den empirischen Gelehrten, den positiven Juristen und Rechtshistorikern, nie von den Philosophen ausgegangen.

Die Impotenz, zu welcher diese gezwungen waren, kann nicht wundernehmen. Die Philosophie kann nichts sein als das Bewußtsein, welches die empirischen Wissenschaften über sich selbst erlangen. Dazu war somit vor allem erforderlich, daß die Philosophen zuvor selbst zu empirischen Gelehrten in diesen Fächern der Wissenschaft wurden, denen sie zum Bewußtsein über sich selbst verhelfen sollten. Mit Recht haben die positiven Juristen nichts mit größerm Mistrauen und größerer Geringschätzung betrachtet, als die Versuche aprioriſchen Construirens von seiten

solcher, die auf dem Felde dieses positiven Wissens keineswegs zu Hause waren, die statt in alle Rinnen und Furchen dieses Feldes eingelebt zu sein und aus ihnen heraus die Flammen des Lichts schlagen zu lassen, das Feld als solches durch ein flüchtig von oben herabgeworfenes bengalisches Feuerwerk beleuchten wollten, eine Beleuchtung, die in ihren flüchtigen und ungewissen Umrissen nichts anderes zeigt, als wie groß und dunkel das Gebiet ist, das erleuchtet werden sollte.

Mit dem Erörterten hängt ein anderer Punkt von capitaler Wichtigkeit zusammen.

Wenn die Rechtsphilosophen, statt, wie wir sagten, immer nur die schon von Hegel vollbrachte logische Disposition des Werks blos zu wiederholen, dazu übergegangen wären, die Disposition zum Werke auszuarbeiten, so würde hier, wie stets, gerade diese reelle Ausarbeitung gezeigt haben, was an jener Disposition selbst falsch und zu verändern sei. Hätten die Philosophen sich nicht darauf beschränkt, bei den dünnen allgemeinen Grundlinien der Hegel'schen Rechtsphilosophie, Eigenthum, Familie, Vertrag u. s. w., stehen zu bleiben, wären sie dazu übergegangen, eine Philosophie des Privatrechts in dem oben angedeuteten Sinne einer philosophischen Entwickelung der concreten einzelnen Rechtsinstitute desselben zu schreiben, so würde sich an dem bestimmten Inhalt dieser einzelnen positiven Rechtsinstitute sofort herausgestellt haben, daß mit den abstract-allgemeinen Kategorien von Eigenthum, Erbrecht, Vertrag, Familie u. s. w. überhaupt nichts gethan ist, daß der römische Eigenthumsbegriff ein anderer ist als der germanische Eigenthumsbegriff, der römische Erbthumsbegriff ein anderer als der germanische Erbthumsbegriff, der römische Familienbegriff ein anderer als der germanische Familienbegriff u. s. w., d. h. daß die Rechtsphilosophie, als in das Reich des historischen Geistes gehörend, es nicht mit logisch-ewigen Kategorien zu thun hat, sondern daß die Rechtsinstitute nur die Realisationen historischer Geistesbegriffe, nur der Ausdruck des geistigen Inhalts der verschiedenen historischen Volksgeister und Zeitperioden, und daher nur als solche zu begreifen sind.

Wir haben unsere Ansicht über das in Rede stehende Verhältniß, so viel daselbst bereits möglich war, gleich im Eingang unsers Werks, S. 58 fg. des ersten Theils, beiläufig erörtert; wir haben es an der Verschiedenheit des germanischen und römischen Eigenthumsbegriffs flüchtig in der Note 2 zu S. 217 (vgl. Anwendungen sub Nr. II. B., und

Thl. 2, S. 475—504) dargelegt; wir haben es in Bezug auf den Familienbegriff im zweiten Theile sub Nr. XL und Nr. XXI fg., und S. 315, Note 1; wir haben es endlich eingehend und erschöpfend an dem Erbthumsbegriff durch den ganzen zweiten Theil dieses Werks nachgewiesen.

Erst durch die gesammte reale Darstellung desselben wird zur Klarheit gebracht sein, was wir hier andeuten. Dann wird aber auch plastisch und gestaltend durch das Beispiel dieser Disciplin nachgewiesen sein, wie auch jene Hegel'sche Disposition selbst, wie der gesammte Bau und die Architektonik der Hegel'schen Rechtsphilosophie vollständig aufgegeben werden muß, und nichts von der Hegel'schen Philosophie bewahrt werden kann, als ihre Grundprincipien und ihre Methode, um die wahrhafte Rechtsphilosophie zu erzeugen, die dann mit der Rechtswissenschaft selbst identisch sein und zusammenfallen wird, während in ihrer jetzigen Trennung keine von beiden, weder die Rechtsphilosophie noch die positive Jurisprudenz, auf den Namen einer Wissenschaft wahren Anspruch machen kann.

Das Hegel'sche System, in der Form, die ihm Hegel selbst gegeben hat, steht in Bezug auf die Geistesphilosophie überhaupt überall in absoluter Incongruenz zu den eigenen Principien und der Methode der Hegel'schen Philosophie. Dies in seiner Allgemeinheit zum wahrhaften Nachweis zu bringen, würde die Sache eines neuen Systems der Philosophie des Geistes sein, welches wir eines Tages, falls die Zeit theoretischer Muße — man kann sie heute nicht mehr mit Tacitus eine rara temporum felicitas nennen — für die Deutschen niemals aufhören sollte, vielleicht zur Darstellung bringen werden.

Bei dem gegenwärtigen Verfall, in welchen die Philosophie und ihr Ansehen gerade dadurch gerathen ist, daß so viel in allgemeiner Weise und ins Allgemeine hinein gesprochen worden ist, ist es besser und angemessener, reale Theile, welche diesem System entflossen sind, dieser allgemeinen philosophischen Grundlage vorauszuschicken. Ihren Beweis müssen sie auch in dieser Selbständigkeit an sich haben.

Wohl aber folgt aus dem Vorigen von selbst, daß die totale Reformation der Hegel'schen Philosophie, die wir verlangen, und in dem gegenwärtigen Werke einstweilen in Bezug auf die Rechtsphilosophie angebahnt haben, ebenso gut, wie sie sich negativ zum Hegel'schen System verhält und als ein anderes, als Hegel's Philosophie bezeichnet werden kann,

ebenso gut auch noch als eine Entwickelung der Hegel'schen Philosophie selbst qualificirt werden muß.

Es ist immer dieselbe von Hegel getragene Fahne, die nur auf einem andern Wege zum Siege geführt werden soll. Es sind immer die Grundprincipien und die Methode der Hegel'schen Philosophie, die nur gegen Hegel selbst Recht behalten, gegen die mangelhafte Ausführung, die das zufällige Subject in ihm dieser Methode gegeben hat und bei dem ersten Versuch, ein Universalsystem des Gedankens zu entwickeln, noch geben mußte. Es ist somit im Grunde Hegel, der gegen sich selbst Recht behält.

Es wird dies im zweiten Theile dieses Werks noch viel deutlicher als im ersten zur lebendigen Darlegung kommen. Hegel hat, wegen unzureichender Bekanntschaft mit dem Stoffe, dem Recht vielleicht häufig größeres Unrecht gethan, als irgendeiner andern Disciplin. Wenn er die römischen Juristen als die Thätigkeit des abstracten *Verstandes* auffaßt, so werden wir auf das Positivste im ganzen Verlauf des zweiten Bandes zum Nachweis bringen, wie dies nur von *unsern* Juristen, von den *römischen* aber das stricte Gegentheil gilt. Wir werden sehen, wie ihre Thätigkeit vielmehr schlechterdings nur die des *speculativen Begriffs* ist, nur eine sich selbst nicht durchsichtige und bewußte, wie dies ganz ebenso bei der Thätigkeit des religiösen und künstlerischen Geistes der Fall ist. Wir werden sehen, wie diese Thätigkeit sich in ihnen auch mit der ganzen Unmittelbarkeit und Inbrunst des religiösen Geistes vollzieht, und hieraus wird sich erst der principielle und überaus wichtige, auch das Verständniß der ganzen mittelalterlichen Rechtsgeschichte bedingende Unterschied zwischen den römischen und nachrömischen Juristen verstehen lassen.

Oder wenn Hegel in dem römischen jus civile ungerechte und abscheuliche Institutionen findet, wenn er den römischen Rechtsgelehrten und den Prätoren eine Inconsequenz imputiren und sie an ihnen rühmen zu können glaubt, wenn er es für einen callide gemachten leeren Wortunterschied hält, das, was doch auch Erbschaft war, eine bonorum possessio zu nennen[1] u. s. w., so wird sich freilich zeigen, daß Nichts von alledem wahr ist, und daß der Unterschied, statt ein leerer Wortunterschied zu sein, vielmehr gerade der volle Unterschied des speculativen Begriffs ist.

[1] Hegel's „Rechtsphilosophie", 2. Ausg., S. 32, 236 fg.

Allein hiermit wird dann immer nur erwiesen sein, daß die Hegel'sche Philosophie noch weit mehr recht hatte, als Hegel selbst wußte, und daß der speculative Begriff noch weitere Gebiete und noch viel intensiver beherrscht, als Hegel selbst erkannt hatte.

Mögen andere, so viel sie wollen, hervorheben, daß diese totale Reformation, die wir in Bezug auf das Recht nun ebenso sehr wie in Bezug auf jede andere Disciplin des historischen Geistes in der Hegel'schen Philosophie für nöthig halten, eine Negation der Hegel'schen Philosophie ist, was auch in der That nicht bestritten werden kann, — wir unsererseits werden immer daran festhalten, daß diese Negation zugleich die eigene aus der Hegel'schen Philosophie hervorgegangene und allein consequente Gestalt derselben ist.

Erst durch diese eigene Reform seiner selbst wird, wovon der zweite Theil ein für sich vollendetes Beispiel gewähren soll, das philosophische Denken die positiven Wissenschaften reformiren und mit sich ausgleichen können, die in ihrer Trennung von dem philosophischen Begreifen nur die Wahl haben, in welchen von mehrern Irrthümern sie verfallen wollen. Philosophische und historische Betrachtung in diesem Sinne werden gänzlich miteinander zusammenfallen.

Von der Rechtsphilosophie in diesem eben entwickelten Sinne, in welchem sie mit der positiven Rechtswissenschaft identisch ist, haben wir versucht, einige hauptsächliche Theile zu schreiben. Sie ganz zu schreiben, wäre weder Sache Eines Mannes, noch Einer Production. Wohl aber haben wir überall, so weit es nur irgend die nothwendigen Grenzen dieses Werks zuließen, die Grundlagen für die philosophische Erfassung auch jener Institute, die in demselben keiner besondern Behandlung unterworfen werden konnten, zu legen gesucht. Der Fortbau Anderer auf dieser Bahn wird uns der freudigste Beweis für die Wirksamkeit unserer Arbeit sein.

Zwar verkennen wir nicht, wie mislich es ist, eine so totale Reformation der Wissenschaft anstreben zu wollen in einer gänzlich unautoritätischen Stellung. Wir haben kein Katheder, von dem herab wir sprechen und das unsern Worten äußern Nachdruck verleihen könnte. Der Zunft der Wissenschaft — und sie bildet in Deutschland eine solche, wie schon Bunsen, wie schon Niebuhr dies wußte — gehören wir nicht an. Allein es muß bereits dahin gekommen sein, daß der einzige Titel die Leistung, und die einzige Autorität die Wahrheit ist. Zudem liegt gerade in der realen Bestimmtheit des Positiven selbst, wenn es in dem

wahrhaften concreten Reichthum seines Details gefaßt wird, die Schneide des Beweises, der Zwang für die Ueberzeugung und somit das sichere Unterpfand des Sieges. Wir haben das, wie wir uns zum eigenen Troste erinnern, vor drei Jahren, freilich in einem scheinbar weit abliegenden Gebiete, im Gebiete der Alterthumswissenschaften, an uns selbst erfahren. Selbst Stockphilologen, von denen wir dies niemals erwartet hätten, erklärten sich zu unserer Ueberraschung mit den dort gewonnenen Resultaten einverstanden, denen sie ihrer ganzen Richtung nach feindlich gegenüberstanden. Es war der Zwang, der in der Bestimmtheit des Einzelnen und Realen liegt, welcher dies bewirkte. Dieselbe Methode wird, soweit ab das gegenwärtige Feld der Wissenschaft dem damaligen zu liegen scheint, auch dasselbe Resultat nach sich ziehen müssen. Ja, selbst das Fernliegen der beiden Felder der Wissenschaft voneinander, der Alterthumswissenschaft und der Rechtsphilosophie, ist, wie sich in unsern Untersuchungen selbst vielleicht sehr fühlbar machen dürfte, nur Schein, und nie ist uns die Einheit aller Wissenschaft mit größerer Andacht zum Bewußtsein gekommen, als während der Ausarbeitung dieses Werks.

Berlin, 27. März 1861.

Ferdinand Lassalle.

Vorwort zur zweiten Auflage.

Obwol bei seinem Erscheinen von der Tagespresse spröde aufgenommen, ist „Das System der erworbenen Rechte" allmählich in so viele Hände gelangt, daß eine neue Auflage erforderlich geworden ist. Daß das Werk sich den Eingang in die Bibliothek des Gelehrten, des Rechtslehrers wie des Alterthumsforschers, erzwingen würde, war mit Gewißheit vorauszusehen; aber auch keinem Praktiker mit wissenschaftlichem Sinne wird „die Collision der Gesetze" mehr fremd und entbehrlich sein. Belege davon beizubringen, wie das Werk in der Rechtsprechung und in der Literatur gewirkt haben mag, nachzuweisen, wie es in den Gesetzberathungen der letztverflossenen zehn Jahre hätte benutzt oder erprobt werden können, das wäre der geeignetste Dank für die freundschaftliche Gesinnung gewesen, in welcher der Verfasser mir das literarische Eigenthum seiner Schriften vermacht hat; und in diesem bescheidenen Maße seine große Arbeit zu ergänzen und ihren Inhalt den nur mit den Tagesereignissen beschäftigten Lesern näher zu bringen, habe ich beabsichtigt und begonnen, jedoch neben meiner, nur selten dieses Gebiet streifenden Berufsthätigkeit nicht durchführen können.

Andere Erwartungen Lassalle's freilich, wissenschaftliche und politische, die einen in der Vorrede ausgesprochen, die andern an vielen Stellen, namentlich im ersten Bande, durchleuchtend, haben sich nicht erfüllt. Es gibt und gab wol schon, als er schrieb, keine Hegelianer mehr, welche nun die andern Rechtsgebiete so, wie er das Erbrecht, hätten bearbeiten können. Und so richtig auch seine Ahnung war, an der Schwelle einer neuen Zeit zu stehen, so hat doch die Geschichte Deutschlands nicht die Entwickelung genommen, welche er bei der

Abfassung dieses Werks vorherzusehen und vielleicht durch dasselbe zu fördern glaubte. Ein ohne mein Zuthun veröffentlichter Brief, abgedruckt unter anderm in der „Germania" vom 18. Juli 1878, den ich, damals Privatmann, ihm am 22. Januar 1862 geschrieben habe, läßt erkennen, welches Ziel er damals noch im Auge hatte.

Hätte er den heutigen Tag erlebt, so würde unsere innere Geschichte ihn vielleicht zu einer weitern Ausführung des Gedankens veranlaßt haben, daß es einem Volke recht schwer werden kann, sich selbst, seine „Substanz", zu erkennen. Wenn er auch nur den März 1871 gesehen hätte, so würde er wahrscheinlich seine Behandlung der französischen Revolution durch eine Betrachtung darüber bereichert haben, daß sich mit Sicherheit nur aus einem weiten Abstande das Geschehene unter die historischen Geistesbegriffe einordnen und sagen läßt, ob einem Volke in einer bestimmten Phase „das Richtige zum Bewußtsein gekommen ist", und daß nicht jede Zerstörung eines symbolischen Gebäudes einen Bastillesturm bedeutet und einen 4. August im Gefolge hat. Sicherlich würde er nicht die Feder gegen das deutsche Schwert geführt und nicht die pariser Commune für „die endlich entdeckte Form, kraft deren man zur Emancipation der Arbeit gelangen wird", erklärt haben.

An einem seiner Gesellschaftsabende, gern besucht von Männern wie Böckh, Pfuel und Friedrich Förster, hielt ich ihm aus dem Kopfe einen Satz Lessing's entgegen. Ich habe mich erst jetzt überzeugt, daß mein Citat nicht ganz wörtlich war; aber so, wie ich es gab, schickt es sich wohl zum Abschluß dieser Zeilen:

> „Es hat zu allen Zeiten Menschen gegeben, welche richtige Blicke in die Zukunft thaten, und nur diese Zukunft nicht erwarten konnten. Wozu die Geschichte sich Jahrhunderte Zeit nimmt, das soll in dem Augenblicke ihres Daseins reifen."

Berlin, im August 1880.

L. Bucher.

Inhaltsverzeichniß des ersten Theils.

Seite

I. Einleitung 1

II. Die Theorie 43

I. Der Begriff und seine Bewährung 45

§. 1. Die Formel und der Begriff 45

II. Der Begriff und sein Umfang 72

§. 2. Der Umfang der Willenshandlungen 72

A. Erb- und Familienrecht; Personenrepräsentation . . . 73

B. Ungewollte Handlungen, dolus, Zwang, echter und unechter Irrthum, ignorantia juris et facti. Die ädilicischen Klagen und Condictionen 75

C. Der Quasicontract; negotiorum gestio 101

D. Usucapion 108

E. Unterlassungen. Klagverjährung; obligatio naturalis und civilis. — Erleichterndes Gesetz; Beweisförmlichkeiten und Formen für das Dasein eines civilen Willens 109

III. Der Begriff und seine Consequenzen 133

§. 3. Die nachträgliche Ergreifung. Rechtshängigkeit. Novation. Urtheil und Vergleich 133

§. 4. Das Optionsrecht 136

§. 5. Das Einspruchsrecht 137

§. 6. Neue Willensäußerungen. Fristen. Umänderung von Pfandrechten; von Testamenten. Rückkauf. Emphyteuse. Rentencontract. Widerruf von Schenkungen. Unterschiede 140

§. 7. Absolute Gesetze. Begriffliche Einwirkung auf erworbene Rechte. Aufhebung ohne und mit Entschädigung. Auflösung des Entschädigungsscheines. Das begriffliche Princip des Unterschiedes. Beispiele. Französische und preußische Gesetze. Die Grundsteuerfreiheit. Die beiden Klassen von absoluten Gesetzen und ihr begrifflicher Unterschied. Wuchergesetz; lex commissoria. Die Pandektentheorie . . . 163

§. 8. Absolute Gesetze. Exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae. Unterschied der obligatorischen und dinglichen Rechte 252

§. 9. Absolute Gesetze. Auflösung der Formel von den vollbrachten Thatsachen. Der Besitz und sein Wesen. Juris quasi-possessio. Der Personenzustand 255

Seite

§. 10. Absolute Gesetze. Convalescenz durch Fortfall derselben. Unterschied von materieller wie formeller Prohibition. Der begriffliche Unterschied von factischer und rechtlicher Veränderung. Unterschied in den Wirkungen. Die Ratihabition und die Auflösung ihrer sogenannten Ausnahmen in den Unterschied des Begriffs 260

§. 11. Absolute Gesetze. Civiler und naturaler Wille. Convalescenz durch erleichternde Formgesetze (Fortfall formeller Prohibitivgesetze) bei willkürlich-revocabeln Acten; Testament 282

§. 12. Absolute Pflicht der sofortigen Einwirkung neuer Gesetze. Die Rechtsidee. Strafrecht. Res judicata in Straffachen . 292

§. 13. Schlußbetrachtung. Oertliche Collision der Gesetze . . . 301

III. Anwendungen 307

I. Personenzustand und Handlungsfähigkeit 310

II. Jura in re 329

A. Pachtrecht 329

B. Familienfideicommisse des deutschen Rechts 334

III. Obligationen aus Delicten. Aquilische Culpa und Culpa bei Verträgen. Die römische Obligationeneintheilung 358

IV. Uneheliche Kinder 365

V. Interpretirende Gesetze; Gesetze über Simulation; rechtliche Sanction von Sittengesetzen; Abrogation von Gesetzen als nothwendige Consequenz anderer erlassener Gesetze; Aufhebung von Gesetzen verbis aut factis. Die Conventgesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II. Die preußische Verfassung und das königliche Obertribunal 369

VI. Das Erbrecht in formell-juristischer Hinsicht 396

A. Rechtliche Natur des Testaments 396

B. Form des Testaments 401

C. Persönliche Fähigkeit des Testators rücksichtlich seiner Rechtsverhältnisse 402

a. Factische Veränderung 402

b. Rechtsveränderung 404

D. Persönliche Fähigkeit des Testators in Bezug auf seine physischen Eigenschaften 410

a. Factische Veränderung 411

b. Rechtsveränderung 413

E. Inhalt des Testaments 418

F. Persönliche Fähigkeit des Honorirten 419

G. Die Zeit des Erwerbs und die Intestaterbfolge 422

I.

Einleitung.

Seit je hat die Frage nach der Rückwirkung der Gesetze, oder richtiger: die Frage nach den zeitlichen Grenzen in der Anwendung der Gesetze für eine der schwierigsten und verwickeltsten, aber auch für eine der wichtigsten des gesammten Rechtsgebiets gegolten. Gleich große Klippen drohten von beiden Seiten. Von der einen Seite stand alle Rechtssicherheit, Eigenthum wie Freiheit der Bürger in Gefahr, wenn es den Gesetzen gestattet sein sollte, auf früher entstandene Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse einzuwirken, und diese Gefahr trieb an, sich auf das stärkste gegen sie zu verwahren. „La rétroactivité", ruft Benjamin Constant aus[1], „est le plus grand attentat que la loi puisse commettre; elle est le déchirement du pacte social, elle est l'annullation des conditions en vertu desquelles la société a le droit d'exiger l'obéissance de l'individu; car elle lui ravit les garanties qu'elle lui assurait en échange de cette obéissance qui est un sacrifice. La rétroactivité ôte à la loi son caractère; la loi qui rétroagit *n'est pas une loi.*" Und in dem Bestreben, sich von dieser Klippe zu entfernen, gerieth man in die Gefahr, an der entgegengesetzten nicht weniger verderblichen zu scheitern und das gesammte Lebensrecht eines Volks, das Recht des allgemeinen Bewußtseins auf seine eigene Entwickelung und Entfaltung dem aufzuopfern, was man für das erworbene Recht des Einzelnen ausgeben wollte. So kam es, daß selbst die merkwürdige Ansicht möglich ward, als hätten neue Gesetze keinerlei Recht, auf bestehende Rechtsverhältnisse irgendwie Einfluß auszuüben, wonach mindestens in sehr umfangreichen Gebieten dem Gesetzgeber jede Einwirkung auf die lebenden Generationen benommen und auf die künftigen noch ungeborenen Geschlechter beschränkt ward. Ja, in strenger Consequenz hiervon wurde bei gewissen Instituten, z. B. den Lehen, ernsthaft gelehrt, daß alle unter bestimmten Gesetzen verliehene Lehen für alle Zu-

[1] Monit. du 1 juin 1828, p. 755.

kunft der Einwirkung jedes noch so späten Gesetzgebers entzogen bleiben und lediglich die zur Zeit ihrer Verleihung geltenden Gesetze für sie maßgebend sein müßten[1], wenn sich der Gesetzgeber nicht den Vorwurf der Rückwirkung zuziehen wolle.

So wurde unter der feierlichen Formel eines an sich richtigen, aber theoretisch nicht bewältigten und darum jeder falschen Anwendung ausgesetzten Princips der dem Leben und seiner lebendigen Ernährung und Entwickelung gehörige Boden des Volks zu einer großen Gräberstadt geweiht. Die lebendigen Geschlechter wurden wie der unterirdische abgeschiedene Geist behandelt, welchem die Erde und ihr Recht der Wirklichkeit nicht mehr angehört und den abgeschiedenen Geistern dagegen der Raum und die Sphäre des Daseins zugesprochen, welche die Existenzbedingung und Entwickelungsstätte des Volkes bilden.

Jener von Benjamin Constant so energisch ausgedrückte Gedanke: „die Rückwirkung raubt dem Gesetz seinen Charakter; ein Gesetz, welches rückwirkt, ist kein Gesetz mehr", führte in seiner Consequenz zu der Ansicht, die Nichtrückwirkung als eine solche naturrechtliche Regel aufzufassen, über welche Bestimmungen zu treffen, nicht einmal in der Competenz des Gesetzgebers gelegen sei. Struve[2] formulirt dies dahin, daß die Regeln über die Anwendung neuer Gesetze ausschließlich aus der vom Richter jedesmal zu erkennenden Natur der Sache, niemals aus positiven Gesetzen hergenommen werden dürfen, weshalb er alle transitorische Gesetzgebung als unstatthaft verwirft. Savigny[3] meint, daß Struve mit dieser Ansicht, durch welche das Verhältniß des Richters zu dem Gesetzgeber völlig verkannt werde, ganz allein stehe. Letzteres ist indessen bei genauerer Betrachtung nicht der Fall. Denn der Grundgedanke von Struve's Ansicht ist offenbar eben nur der bereits hervorgehobene, daß der Gesetzgeber selbst nicht die Machtbefugniß habe, gegen den Grundsatz der Nichtrückwirkung als einen naturrechtlich gültigen zu verstoßen, und daß deshalb dieses Princip noch außerhalb des Kreises der gesetzgeberischen Einwirkung zu stellen sei. Diese Ansicht ist aber von vielen geltend gemacht worden, besonders in der Form, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung in die Verfassungen aufzunehmen und durch diese Sanction gegen jede Beeinträchtigung seitens der gesetzgebenden Gewalt zu sichern sei. So behauptet Felix Berriat-Saint-Prix in seiner Théorie du droit constitutionnel français[4], daß die Constitution von 1848 besser gethan hätte,

[1] Götze, Provinzialrecht der Altmark (Magdeburg 1836) I, 11 fg.

[2] Ueber das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (Göttingen 1831), S. 6, 30—34, 153 fg.

[3] System des h. R. R., VIII, 405.

[4] Paris 1851, Nr. 736 u. 737. La puissance législative elle-même ne peut dépouiller un citoyen des droits qui composent son patrimoine; elle

dem Art. 2 des Code civil[1] in sich Raum zu geben, und in der That wurde, als das zweite Kapitel der Constitution von 1848, welches die von der Constitution garantirten Rechte der Bürger enthält, in der französischen Nationalversammlung zur öffentlichen Discussion kam, von Herrn Dabeaux ein derartiges Amendement gestellt, von andern warm vertheidigt[2], und nur durch Nebeneinwände von Herrn Odilon Barrot beseitigt.[3] Andere Constitutionen aber haben diesen Grundsatz wirklich sanctionirt. Die der Constitution vom 5. Fructidor III (22. August 1795) vorangeschickte Declaration der Rechte bestimmt in Art. 14: „Aucune loi, ni criminelle, *ni civile*, ne peut avoir d'effet rétroactif."[4]

Schon die der Constitution vom 24. Juni 1793 einverleibte Erklärung der Menschenrechte enthält in Art. 14 den für die wilde Energie jener Epoche charakteristischen Ausruf: „l'effet rétroactif donné à la loi serait *un crime*", allerdings nur in Bezug auf das Strafrecht[5]; aber Merlin wenigstens behauptete später, in der Sitzung vom 5. Floréal III (24. April 1795), also freilich erst zu einer Zeit, wo die Wogen der Thermidorreaction bereits hoch gingen, daß nach der ursprünglichen Absicht des Constitutionscomités diese Bestimmung sich ebenso auch auf das Ge-

---

ne peut le grever d'une charge qui diminuerait sa fortune.... Le principe de la non-rétroactivité domine toute la législation. Il *était mieux à sa place dans la loi constitutionnelle* que dans le Code civil, loi sécondaire, qui a pour objet spécial de régir le patrimoine des particuliers.

[1] „La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif."

[2] „Voulez-vous", rief Herr Demante in jener Sitzung aus, als man darauf hinwies, daß dieses Princip schon im Code civil seine Stellung gefunden habe, „réserver au législateur le pouvoir d'insérer dans une loi une disposition rétrospective? Ne le voulez-vous pas? Il faut que vous disiez dans la Constitution qu'aucune loi ne peut être rétroactive. Vous ne trouvez pas cela dans le Code civil. Le Code civil vous dit: la loi n'a pas d'effet rétroactif. Mais le Code civil ne s'occupe pas des pouvoirs du législateur" u. s. w.

[3] Herr Odilon Barrot wandte ein, daß das Princip nicht absolut sei, weil günstige Gesetze rückwirken müßten. Diese Antwort war keine ernsthafte, weil sie den streitigen Punkt gar nicht traf. Denn es herrscht allgemeines Einverständniß darüber, daß auf Gesetze von lediglich günstiger Natur der Grundsatz von der Nichtrückwirkung überhaupt keine Anwendung findet. Der Art. 2 des Cod. civ. hat die französischen Tribunale niemals gehindert, solche Gesetze, auch wenn sie nichts Specielles hierüber vorschrieben, auf frühere Thatsachen anzuwenden.

[4] Es liegt auf der Hand, daß eine solche constitutionelle Vorschrift in ihren Folgen auf die eine Seite der Struve'schen Ansicht hinauslaufen würde. Denn wenn nun der Gesetzgeber, sei es mit Absicht, sei es, daß ihm dies entgangen wäre, ein Gesetz erließe, welches nach wissenschaftlichen Grundsätzen eine wirkliche Rückwirkung darstellt, so würde der Richter durch die Verfassung verpflichtet sein, einem solchen Gesetze die Anwendung zu versagen.

[5] Der Zusammenhang ist: La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie; l'effet rétroactif etc.

biet des Civilrechts habe beziehen sollen, und dies nur durch die derselben von Hérault de Séchelles gegebene und von seinen Collegen im Comité gemisbilligte Redaction vereitelt worden sei.[1]

Auch die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika enthält in Art. 1, Abschn. 9, die Bestimmung §. 3: „Es soll keine bill of attainder und kein Gesetz mit rückwirkender Kraft (ex post-facto law) erlassen werden."

Ebenso verfügt die norwegische Verfassung ganz allgemein §. 97: „Keinem Gesetze darf rückwirkende Kraft gegeben werden."

Von dem bereits angezogenen Art. 2 des Cod. civ. kann nicht bezweifelt werden, und gilt auch in der französischen Jurisprudenz unbestritten, daß er nur eine Anweisung für den Richter, nicht für den Gesetzgeber enthalten soll. Gleichwol verdient bemerkt zu werden, daß in dem Exposé des Motifs, welches der Regierungsredner Staatsrath Portalis in der Sitzung vom 4. Ventôse XI (23. Februar 1803) gab, die Bestimmung des Art. 2 nicht als aus der Absicht, sondern ausdrücklich als aus der Grenze der Machtbefugniß des Gesetzgebers hervorgehend bezeichnet wird. „La tête d'un grand législateur", sagt Herr Portalis, „est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses qui président au bonheur des hommes et à la destinée de l'Empire. Mais *le pouvoir de la loi ne peut s'étendre* sur des choses qui ne sont plus et qui par là même, sont hors de *tout pouvoir*."

Die angeführten französischen Constitutionen legen dadurch, daß sie den in Rede stehenden Grundsatz der Erklärung der Menschenrechte einverleiben, deutlich an den Tag, daß sie denselben als einen naturrechtlichen und weder dem positiven Rechte entflossenen noch durch dasselbe antastbaren auffassen. Es würde vielleicht scheinen können, als ob dies nur in der großen Gunst seinen Grund habe, welche das „droit naturel" in jener Epoche genoß. Aber auch die ältern Gesetzgebungen pflegen in dieser Weise zu verfahren, daß sie bei der Consacrirung jenes Grundsatzes denselben nicht als eine Verfügung hinstellen, sondern vielmehr

[1] „L'article de la déclaration des droits", sagt Merlin, „qu'on vous a cité fut présenté par Hérault au comité de constitution, rédigé comme il l'est. On trouva cette rédaction mauvaise, on dit qu'elle semble ne s'appliquer qu'aux lois pénales et on l'ajourna. Malgré l'improbation de ses collègues Hérault vint ici faire adopter cette rédaction." Es handelte sich in dieser Sitzung darum, das Gesetz vom 17. Nivose II über die Erbschaften, welches rückwirkend über die seit dem 14. Juli 1789 angefallenen Erbschaften verfügt hatte, zurückzunehmen, und Merlin erzählt, wie er von Anfang an gegen dieses Gesetz gewesen sei und sich im Comité vergeblich auf den Art. 14 der Déclaration des droits berufen habe.

als eine aus der Natur der Sache nothwendig hervorgehende und von selbst gültige Regel anerkennen.

So der älteste auf uns gekommene gesetzgeberische Ausspruch dieser Regel, die Verordnung des Kaisers Theodosius vom Jahre 440[1]:

„Leges et constitutiones *futuris certum est dare formam negotiis*, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit."

Savigny[2] macht bereits darauf aufmerksam, wie in dem „certum est" schon die Präexistenz obiger Regel anerkannt sei. Er hätte dafür besonders noch die Verordnung des Kaisers Anastasius anführen können, welche damit schließt: „quum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis *calumnias excitare*."[3] Denn in dem calumnias excitare liegt sehr deutlich ausgesprochen, daß andernfalls das Gesetz eine rechtswidrige Kränkung den vergangenen Handlungen zufügen würde. Aus jenem „certum est" folgert Savigny, daß es also nur zufällig sei, wenn uns nicht Aussprüche dieser Regel aus älterer Zeit aufbewahrt worden. Er zieht in dieser Hinsicht noch die zweite Rede Cicero's in Verrem, I, c. 42, an[4], wo diese Regel als eine von jeher unzweifelhaft gültige[5] hingestellt sei. Die älteste noch erhaltene Schriftstelle aber, die hierüber angeführt werden kann und in welcher wir bereits die Definition des Theodosius: „leges futuris certum est dare formam negotiis" nicht nur in frappanter Aehnlichkeit vorgebildet

---

[1] L. 7 C. de legibus (I, 14).

[2] System, VIII, 394.

[3] L. 65 C. de Decurionibus et filiis eorum (X, 31).

[4] Verres hatte durch eine Fälschung — indem er „fecit, fecerit" statt „fecerit" gesetzt hatte — der Lex Voconia rückwirkende Kraft gegeben. Cicero sagt gegen ihn: „Fecit, fecerit? Quis unquam edixit isto modo? quis unquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum, neque ante edictum provideri potuit? Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita fecisset, tamen post illius mortem *nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret.* Voconia lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ispsum illum Q. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri; *sanxit in posterum*, qui post eos censores census esset, nequis heredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est: Fecit, Fecerit; *neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur.*"

[5] Cicero nimmt jedoch bereits eine wichtige von Savigny unbeachtet gelassene Einschränkung derselben an, denn nach reprehenditur fährt er fort: „nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit."

finden, sondern auch mit scharfer Begriffsbestimmung begründet sehen, — eine Stelle, die merkwürdigerweise stets und selbst in den beiden ebenso gelehrten wie vortrefflichen Werken von Voigt[1] und von Hildenbrandt[2], die sich eigens mit dem Einfluß der griechischen Philosophie auf das Römische Recht beschäftigen, übersehen worden ist, — ist in dem „Theaetet" des Platon zu treffen. Sokrates kommt daselbst, obwol nur beiläufig, auf den Begriff des Staates und des Nützlichen zu sprechen, und sagt hierauf zu Theodorus[3]: „Aber was jeder Staat nützlich nennt, das sucht er auch bei seiner Gesetzgebung zu treffen, und alle Gesetze, soviel er nämlich irgend kann und weiß, erläßt er als die für ihn nützlichsten. Oder sieht er auf irgendetwas anderes, indem er Gesetze gibt?" — Theodorus: „Keineswegs." — Sokrates: „Trifft er es nun auch immer, oder verfehlt nicht jeder Staat gar auch vieles?" — Theodorus: „Ich glaube, daß sie auch verfehlen." — Sokrates: „Ferner würde von hier aus besonders gewiß jeder das Nämliche zugeben, wenn man nach der ganzen Gattung fragte, zu der auch das Nützliche gehört. Es bezieht sich nämlich allemal auf die künftige Zeit. Denn wenn wir Gesetze geben, so geben wir sie als solche, die nützlich sein sollen für die nachherige Zeit. Dies aber nennen wir doch richtig die Zukunft."[4]

---

[1] Die Lehre vom jus naturale etc. (Leipzig 1856).

[2] Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie (Leipzig 1860).

[3] Theaetet., p. 178 A., p. 177 ed. Stallb.: ΣΩ. Ἀλλ' ὃ ἂν τοῦτο ὀνομάζῃ, τούτου δήπου στοχάζεται νομοθετουμένη, καὶ πάντας τοὺς νόμους, καθ' ὅσον οἴεταί τε καὶ δύναται, ὡς ὠφελιμωτάτους ἑαυτῇ τίθεται. ἢ πρὸς ἄλλο τε βλέπουσα νομοθετεῖται; ΘΕΟ. Οὐδαμῶς. ΣΩ. Ἧ οὖν καὶ τυγχάνει ἀεί, ἢ πολλὰ καὶ διαμαρτάνει ἑκάστη; ΘΕΟ. Οἶμαί ἔγωγε καὶ διαμαρτάνειν. ΣΩ. Ἔτι τοίνυν ἐνθένδε ἂν μᾶλλον πᾶς τις ὁμολογήσειε ταὐτὰ ταῦτα, εἰ περὶ παντός τις τοῦ εἴδους ἐρωτῴη, ἐν ᾧ καὶ τὸ ὠφέλιμον τυγχάνει ὄν. ἔστι δέ που καὶ περὶ τὸν μέλλοντα χρόνον. ὅταν γὰρ νομοθετώμεθα, ὡς ἐσομένους ὠφελίμους τοὺς νόμους τιθέμεθα εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον. τοῦτο δὲ μέλλον ὀρθῶς ἂν λέγοιμεν.

[4] Der Gedankengang Platon's hierüber wäre also etwa dieser: Die Gesetze haben die Hervorbringung von Nutzen zu ihrem Zweck. Das Nützliche als etwas, das erst erzeugt werden soll, liegt seinem Begriffe nach in der zukünftigen Zeit. Folglich können sich ihrem Begriffe nach die Gesetze immer nur auf das Gebiet der Zukunft, nicht auf das der Vergangenheit erstrecken. Gesetze also, welche sich auf die Vergangenheit zurückwenden, würden ihrem Begriffe zuwiderhandeln, weil sie, ehe sie vorhanden waren, auch niemandem haben nützen können.

In der That liegt hierin ein wesentliches, wenn auch nur einseitiges Moment der Sache.

Wir werden später sehen (im §. 1 der Theorie), daß und warum der griechische Geist der erste ist und sein muß, welcher den Gedanken der Nichtrückwirkung producirt.

Hier wollen wir nur noch darauf aufmerksam machen, daß mit dem hier von Platon explicirten Staatsbegriff, welcher der antike Staatsbegriff überhaupt

Alle diese Aussprüche, der des Kaisers Theodosius wie der Cicero's und Platon's, stimmen wiederum darin überein, daß sie den Grundsatz von der nur auf die Zukunft wirkenden Kraft der Gesetze als eine von selbst gültige innere Nothwendigkeit anerkennen, Platon überdies noch denselben kurz aus dem antiken Begriff der Gesetzgebung entwickelt. Und wie die Alten und die französischen Constitutionen hat auch der Landrechtliche Gesetzgeber sich dieser Anerkennung nicht entziehen können. Das Publicationspatent zum Allgemeinen Landrecht vom 5. Februar 1794 erklärt in §. VIII: „So wie überhaupt ein neues Gesetz auf vergangene Fälle nicht gezogen werden mag, so soll dieser Grundsatz auch bei der Anwendung des gegenwärtigen Landrechts beobachtet und dabei im allgemeinen nur auf die §. 14—29 der Einleitung vorgeschriebenen Bestimmungen Rücksicht genommen werden." Es wird also hier mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen, daß diese Regel auch ohne die gesetzgeberische Sanction durch ihre eigene Nothwendigkeit bestehen würde. Es wird eine Unmöglichkeit, die Sache selbst durch positive Vorschrift anders anzuordnen, anerkannt.

Wie es sich nun mit dieser, wie sie ziemlich allgemein aufgefaßt wird, naturrechtlichen Gültigkeit jener Regel in der That verhält, wird sich später bei der Entwickelung der Theorie von selbst ergeben.

Hier interessirt uns zunächst die Thatsache, daß so einverstanden, wie wir sahen, alle Welt über das Princip selbst ist, so schwankend und widersprechend die Meinungen über seine Anwendung sind. Die Schwierigkeit scheint somit zunächst nicht in dem Grundsatz selbst und seinem Verständniß, sondern vielmehr in der Frage zu liegen, in welchen Fällen und Rechtsgebieten derselbe platzzugreifen und nicht platzzugreifen hat. Da

---

ist, d. h. bei der Anschauung, daß die Gesetze erlassen sind um Nutzen hervorzubringen, der Gedanke der Nichtrückwirkung, wie die platonische Argumentation selbst zeigt, in weit unmittelbarerer Weise gegeben ist, als bei der modernen Anschauung der Gesetze, welche dieselben als Urtheilsnormen, als Normen des allgemeinen Bewußtseins auffaßt. Denn wenn die Gesetze objective Selbstdarlegungen des allgemeinen Geistes sind, Normen, die er aus sich und für sich setzt, so ist jetzt noch nicht gegeben, warum diese Selbstdefinitionen des allgemeinen Bewußtseins, zumal sie, solange der historische Geist sein Wesen in ihnen ausgedrückt findet, für ihn den Werth von logischen Gedankenbestimmungen haben müssen, nicht auf alles Sein, welches auch der Zeitpunkt seiner Entstehung sei, den Inhalt ihres normativen Denkens und Urtheilens erstrecken sollten. Siehe hierüber §. 1.

Was hier von seiner innern Wurzel aus aufgezeigt worden ist, fällt dem Resultate nach zusammen mit der häufig cursirenden sehr äußerlichen Auffassung der Gesetze, daß sie nur Anweisungen für den Richter zum Urtheilen enthalten und mit der ebenso äußerlichen hieran geknüpften Forderung, daß der Richter nur die Gesetze seines Landes resp. seiner Zeit zu hören habe.

aber die Beantwortung dieser Frage wieder nur aus der innern Natur des Grundsatzes selbst wird abgeleitet werden können, so sind wir hierbei wieder im Kreise zur Discussion des Grundsatzes und seiner Bedeutung zurückgeworfen.[1] Die Gesetzgeber freilich ließen sich, wo sie von demselben abweichen zu können oder zu müssen glaubten, von unmittelbarem Rechtsgefühle oder von bestimmten speciellen Zwecken von Billigkeits- oder politischen Rücksichten leiten. Eine weit schwierigere Stellung hatten die Richter, wo ein Gesetz ohne besondere Verordnung rückwirkender Kraft erlassen war und nun dennoch die Anwendung desselben auf frühere Rechtsthatsachen oder deren Folgen begehrt wurde. Denn hier mußte dann auf die innere Natur des Grundsatzes und seine sich aus ihr bestimmende Wirksamkeit eingegangen werden. Da es dem juristischen Takte nicht entgehen konnte, daß jener Grundsatz trotz seiner absoluten Berechtigung doch in seiner Anwendung nicht von absoluter Ausdehnung auf alle Fälle sei, half man sich damit, *Ausnahmen* von ihm zu statuiren und die Lehre von demselben in eine Casuistik aufzulösen. — Wie mislich und unwissenschaftlich dieser Nothbehelf war, liegt auf der Hand. Die in der *Ausnahme* vorhandene Beschränkung des Grundsatzes ergab sich entweder aus der eigenen innern Natur desselben, oder sie ergab sich *nicht* aus dieser. Im erstern Fall lag *gar keine* Ausnahme vor, denn die *Grenze* eines Gegenstandes ist vielmehr seine *bestimmteste Form*. Die aus ihm selbst hervorfließende Grenze eines *Gedankenprincips* ist somit, als seine *bestimmte Selbstformirung*, seine *eigenste Wirksamkeit und Selbstbethätigung*. Gerade an seiner *Grenze* wäre der Grundsatz zu erkennen gewesen! — Floß aber umgekehrt die Einschränkung des Grundsatzes *nicht* aus ihm selbst hervor, sondern wurde sie ihm von außen, etwa durch andere Regeln, gesetzt, so war sie ein unversöhnter *Einbruch* in sein rechtmäßiges Gebiet und eine Verletzung seiner unantastbaren Gültigkeit.[2] Ebenso unwissenschaftlich aber wie dieser Nothbehelf in theoretischer Hinsicht, ebenso mislich, unzuverlässig und täuschend zeigt er sich in der Praxis. Daher jene schwankenden und sich auf das schreiendste widersprechenden Entscheidungen der Gerichte, deren in keinem Rechtsgebiete so zahlreiche und sich so schneidend entgegenstehende vorliegen wie bei der uns beschäftigenden Frage.[3]

---

[1] Darum ist auch durch die Sanctionirung dieses Grundsatzes in Constitutionen nur wenig gewonnen. Denn es ist nirgends der Grundsatz selbst, sondern überall nur sein Inhalt und seine Bedeutung im Streit.

[2] Wir werden später sehen, daß dieses Princip in der That *keine Ausnahme* hat noch haben kann, und daß wo, um in der bisher üblichen Ausdrucksweise zu reden, eine Rückwirkung der Gesetze gerechtfertigt ist, gar keine wirkliche, sondern nur eine *scheinbare* Rückwirkung vorliegt.

[3] Besonders die französische Jurisprudenz ist wegen der lebhafter bewegten

Der französische Arrêtist Sirey und in Deutschland die Herausgeber der Heidelberger Jahrbücher (Januar 1811, §. 41) haben positiv erklärt, daß sie es für eine Unmöglichkeit hielten, jemals bestimmte allgemeine Principien für die Entscheidung dieser Frage zu formuliren.

Nach verschiedenen Vorgängern, von denen die hauptsächlichsten bei ihm selbst aufgeführt werden, brachte endlich der große Meister des Römischen Rechts, Savigny, einen äußerst bedeutenden Fortschritt in unsere Lehre, welche er im achten Bande seines Systems des heutigen Römischen Rechts (S. 368—540) einer ausführlichen Darstellung unterzog.

Savigny erhebt sich bereits mit großer Bestimmtheit, wenn auch auf Grund einer andern Deduction als der obigen, gegen das schlechte Auskunftsmittel, die rückwirkende Kraft neuer Gesetze als eine Ausnahme von dem Grundsatz der Nichtrückwirkung eintreten zu lassen.[1] Er selbst

---

Geschichte der französischen Gesetzgebung hierin von großem Interesse. Ihre Schwankungen und Widersprüche sind so groß, daß Herr Blondeau, professeur suppléant à la Faculté de droit à Paris, in einer Dissertation sur l'effet rétroactif des lois (inserirt in der Jurisprudence de la Cour de Cassation, T. IX, Part. II, p. 278 sq.) sich dadurch zu dem Wunsche treiben läßt, es möge lieber der Gesetzgeber durch specielle Bestimmungen die transitorische Wirkung jedes neuen Gesetzartikels regeln „que de voir subsister l'arbitraire auquel nous sommes livrés aujourd'hui!" Die baare Unmöglichkeit der Erfüllung eines solchen Wunsches erhellt auf den ersten Blick. Eine gesetzgeberische Casuistik dieser Art wäre nicht nur völlig unausführbar, sondern auch ewig unzureichend, da bei jedem Rechtsgebiet und bei jedem einzelnen Gesetzartikel wieder die mannichfachsten Collisionen durch das Hineingreifen anderer Rechtsgebiete und concreter Fälle entstehen können. Die Entscheidung dieser Frage wird also immer nur der Wissenschaft anheimfallen, wenn auch der Gesetzgeber die allgemeinen leitenden Gesichtspunkte derselben mit seiner Autorität bekleiden könnte. — Was übrigens Herrn Blondeau betrifft, so wirft ihm Merlin (Répert. de Jurisprud. v° Eff. rétr., Sect. III, §. II, Art. 9) zu viel „Metaphysik" vor. Die Franzosen verfahren mit diesem Vorwurf in der sonderbarsten Weise! Bei uns würde man Herrn Blondeau das crasseste und vulgärste Gegentheil zur Last legen. Eine kurze Angabe seiner Art zu Werke zu gehen wird dies hinlänglich klar legen. Herr Blondeau löst alle Rechte und Rechtsverhältnisse in bloße Erwartungen auf und läßt sich dann auf die factische Erwägung ein, ob für den Gesetzgeber hinreichend starke Gründe vorliegen können, diese Erwartungen zu täuschen!

[1] Savigny, a. a. O., S. 374: „Wo ein so bedenklicher einschneidender Erfolg zu erwarten wäre, der sich dann durch den Versuch einer strengen Durchführung von selbst als unmöglich darstellen würde, pflegt man dadurch abzuhelfen, daß man Ausnahmen des angeblich allgemeinen Grundsatzes behauptet. Aber eben diese Abhülfe durch bloße Ausnahmen ist es, die hier völlig verworfen werden muß, welches unten ausführlich dargethan werden wird." Und S. 518: „Ausnahmen von dem Grundsatz der Rückwirkung haben eine zufällige Natur, sind an sich entbehrlich und würden besser gar nicht vorhanden sein. Dies alles paßt auf die hier in Frage stehenden Gesetze gar nicht. Wenn wir diese unbefangen

beseitigt diesen Ausnahmenbehelf dadurch, daß er die Rechtsregeln in Bezug auf unsern Gegenstand in zwei Gattungen eintheilt, in solche, welche sich auf den Erwerb der Rechte (d. h. auf die Verbindung eines Rechtsinstituts mit einer einzelnen Person), und in solche, welche sich auf das Dasein der Rechte (d. h. auf das Sein oder Nichtsein, oder auf das So- oder Andersein eines Rechtsinstituts) beziehen.[1] Nur bei der ersten Gattung von Rechtsregeln solle der Grundsatz platzgreifen:

Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen.

Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen.

Für die zweite Gattung dagegen solle der entgegengesetzte Grundsatz gelten:

Neuen Gesetzen dieser Klasse ist rückwirkende Kraft beizulegen.

Neue Gesetze dieser Klasse sollen erworbene Rechte nicht unberührt lassen.[2]

Die Savigny'sche Theorie genoß lange, sowol infolge der großen Autorität ihres Urhebers, als wegen des nicht zu verkennenden Richtigen, welches seiner Unterscheidung zu Grunde liegt, eine fast unbeschränkte Geltung, und es scheint uns daher Pflicht, schon hier an der Schwelle unserer Untersuchung im allgemeinen kurz darzulegen, was wir unsererseits an der Savigny'schen Arbeit auszusetzen haben, und weshalb auch sie ihr Ziel, einen Abschluß dieser Lehre zu bewirken, keineswegs erreicht hat.

---

betrachten, so müssen wir uns sogleich überzeugen, daß in Beziehung auf sie jene Auskunft durchaus gezwungen ist und den Gesetzen einen Sinn aufdrängt, der ihnen völlig fremd ist." Er zeigt nun, daß z. B. ein Gesetz, welches die Leibeigenschaft aufhebt, nach jener Ausnahmetheorie, in consequent durchgeführter Fassung so lauten müsse: „Es wird hierdurch verboten, künftig eine Leibeigenschaft zu errichten, auch soll diese Vorschrift ausnahmsweise rückwirkende Kraft haben, sodaß sogar auch die jetzt bestehenden Verhältnisse der Leibeigenschaft aufgehoben sein sollen." Das sei nun aber ganz sinnlos. Denn da seit langer Zeit niemand mehr daran gedacht habe, eine Leibeigenschaft oder ein Zehentrecht neu zu begründen, so sei dadurch eine ganz unnütze Vorschrift als Hauptgedanke an die Spitze des Gesetzes gestellt, und es wäre als beiläufige Ausnahme das hinzugefügt, welches allein der Gesetzgeber dachte und wollte. — Diese Beweisführung ist verständig und scharf genug, aber der innerste Punkt der Sache bleibt dabei unberührt. Savigny wäre diesem näher gekommen, wenn er sich bei dieser Materie dessen erinnert hätte, was er bei der allgemeinen Erörterung des wissenschaftlichen Rechts über das Verhältniß von Regel zu Ausnahme gelegentlich äußert, I, 47 (c.): „...ja das, was wir hier Ausnahme nennen, ist eigentlich nur die Anerkennung einer unvollkommenen Regelfassung."

[1] Savigny, a. a. O., S. 375 fg.

[2] Savigny, S. 373 und 517.

Die ersten Einwürfe, die Savigny gemacht werden müssen, sind rein theoretischer Natur. Savigny beseitigt durch seine Eintheilung der Rechtsregeln in zwei feste Klassen, von denen auf die eine der Grundsatz der Nichtrückwirkung, auf die andere der Grundsatz der Rückwirkung Anwendung finden soll, allerdings die Nothwendigkeit, in den Fällen der Rückwirkung zur Statuirung von Ausnahmen seine Zuflucht zu nehmen. Allein damit nun diese zweigliederige Eintheilung eine Theorie im wahren Sinne des Worts sei, wäre noch erforderlich gewesen, sowol den Grundsatz der Nichtrückwirkung wie den der Rückwirkung auf eine höchste Rechtsidee zurückzuführen. Dies geschieht nicht. Man erfährt schon nicht, auf welcher obersten Rechtsidee der Grundsatz der Nichtrückwirkung beruht; er ist in keine solche zurückgebogen.[1] Ferner würde zum Dasein einer Theorie erforderlich sein, daß beide Grundsätze, sowol derjenige, der bestimmt, wo die Anwendung des neuen Gesetzes nicht stattzufinden, als der, welcher vorschreibt, wo sie stattzufinden hat, in eine gemeinsame Rechtsidee, als ihre höchste gemeinsame Quelle aufgelöst und somit wahrhaft in Einheit gesetzt werden. Nur wo diese Einheit vorliegt, nur da ist Theorie! Diese Einheit muß selbst die Unterschiede als aus ihr fließende erzeugen und in ihnen fortwirkend thätig sein. Es müssen sich also auch die Fälle, in welchen das neue Gesetz sofort zur Anwendung zu kommen hat, aus der Idee der Nichtrückwirkung selbst ergeben.

Indem nun alles dies bei Savigny unerreicht geblieben ist, liegt nicht eine Theorie, sondern nur eine zweigliederige Eintheilung vor.

---

[1] Die Betrachtungen, welche von Savigny, S. 390, zu seiner Rechtfertigung aufgestellt werden, vermögen das oben Vermißte durchaus nicht zu leisten. Es sind reine Zweckmäßigkeitsgründe, werden auch ausdrücklich als solche mit der Versicherung, es sei „höchst wichtig und wünschenswerth", eingeführt. Sie sind folgende: 1) Das Wünschenswerthe des unerschütterlichen Vertrauens in die Herrschaft der bestehenden Gesetze; 2) das Wünschenswerthe der Erhaltung des jederzeit bestehenden Rechts- und Vermögensbestandes; 3) die Unmöglichkeit, den Grundsatz der Rückwirkung consequent durchzuführen. Diese Gründe haben, wie dies Zweckmäßigkeitsgründen eigen zu sein pflegt, keine aus ihnen selbst hervorfließende Grenze. Wären sie also die wahren und letzten Gründe der Sache, so würden sie jede, auch die von Savigny gewollte, sogenannte Rückwirkung der das Dasein der Rechte betreffenden Gesetze vollständig ausschließen, wodurch in der That das unerschütterliche Vertrauen in die Herrschaft des bestehenden Gesetzes und die Erhaltung des bestehenden Rechts- und Vermögenszustandes noch sehr befestigt und vermehrt werden würde! Wenn Savigny diese Gründe dennoch nicht zu dieser Folgerung ausdehnt, so erscheint dies als ein willkürliches und von außen kommendes Abbrechen ihrer Wirksamkeit an einem beliebig bestimmten Punkte. In der That aber zeigt sich hierin nur die Unfähigkeit solcher Verstandesgründe, das Wesen der Sache zu erschöpfen.

Es hat dies aber zunächst noch eine andere Folge. Durch diese Eintheilung ist zwar Savigny dessen überhoben, die Fälle der Rückwirkung als einzelne Ausnahmen zu fassen. Indem nun aber von ihm der Grundsatz der Nichtrückwirkung als der allgemein gültige an die Spitze gestellt und vorausgeschickt wird, der Grundsatz dagegen, daß bei der Klasse der das Dasein von Rechten betreffenden Gesetze Rückwirkung stattzufinden habe, mit dem erstern in keine innere Einheit gesetzt wird, so nimmt nun die letztere Klasse, wo Rückwirkung stattfinden soll, selber nur die Gestalt einer Ausnahme von dem Princip der Nichtrückwirkung an! Die vielen einzelnen Ausnahmen sind somit nur aneinandergereiht, und in eine allgemeinere Ausnahme, in eine Klasse von Ausnahmen verwandelt. Der Charakter der Ausnahme selbst ist geblieben.

Diese Einwendungen haben bisher eine rein theoretische Gestalt und können daher zunächst äußerst gleichgültig denen erscheinen, welche die höhern Anforderungen der Theorie im Gebiete des Rechts als „metaphysische Grübeleien" belächeln. Aber hier gerade wäre auch für solche eine äußerst deutliche Gelegenheit, sich von dem Werthe und der Nothwendigkeit einer wahren Theorie zu überzeugen. Denn nur in jener theoretischen Mangelhaftigkeit liegen die innern Wurzeln der andern jetzt zu erwähnenden Einwendungen, deren entscheidende Wichtigkeit auch von denen, welche nur auf die praktische Brauchbarkeit einer Regel sehen, bereitwillig zugegeben wird. — Das in der Unterscheidung jener beiden Klassen von Rechtsregeln bestehende Savigny'sche Princip ist nämlich, wie wir später näher sehen werden, sowol nicht erschöpfend, alle Fälle umfassend, als in hohem Grade praktisch irreführend. Aus beiden Gründen ist es daher auch für das gewöhnlichste praktische Bedürfniß völlig unhaltbar.

Es liegt unleugbar Richtiges in ihm, wie dies übrigens auch bei allen den Formeln der Fall war, die vor Savigny aufgestellt wurden und deren wir gelegentlich die wichtigern erwähnen werden; aber es ist nicht das Richtige selbst, und nur eine natürliche und nothwendige Folge hiervon ist, daß Savigny einerseits, um seinem Grundsatze treu zu bleiben, äußerst häufig Entscheidungen von durchaus irriger Natur treffen muß, andererseits hin und wieder unter dem Einfluß seines unmittelbaren Rechtsgefühls Entscheidungen gibt, die richtig sind, aber seinem Grundsatz innerlich widersprechen[1], und um richtig zu sein, ihm widersprechen müssen.

Ja es konnte dies um so eher stattfinden, als, wie wir im Verlauf

[1] Wie ihm Bornemann bereits einen solchen Widerspruch nachgewiesen hat in der bald anzuführenden Abhandlung, S. 34.

sehen werden [1], ein und dieselben Gesetze, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Individuums oder auf den der Rechtsmaterie selbst stellt, das eine mal Gesetze über den Erwerb, das andere mal Gesetze über das Dasein von Rechten darstellen, diese Eintheilung also überhaupt auf blos abstracten Verstandeskategorien beruht, die in letzter Instanz haltlos ineinander übergehen und kein festes Princip des Unterschiedes gegeneinander gewähren.

Endlich ist Savigny gezwungen, sich sogar ausdrücklich in den offensten Widerspruch mit sich zu verwickeln. So rechnet er die Gesetze über Ehe und Ehescheidung mit Recht zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte, wonach also nicht nur wenn durch ein neues Gesetz die Scheidung überhaupt erst eingeführt oder abgeschafft, sondern selbst wenn eine Aenderung in den Scheidungsgründen vorgenommen wird, diese Aenderung nach Savigny auch auf frühere Thatsachen rückwirken muß; sodaß hiernach also eine in der Zeit vor dem Gesetze vollbrachte Handlung eines Ehegatten, die damals keinen Scheidungsgrund bildete, jetzt von dem andern Gatten als Scheidungsgrund angerufen werden kann, wenn sie nach dem neuen Gesetze unter die Scheidungsgründe gezählt wird. Nicht dies war die Ansicht des preußischen Gesetzgebers gewesen; denn als in den Jahren 1814 und 1816 das Allg. Landrecht in mehrere Provinzen theils neu eingeführt, theils wieder eingeführt wurde, ward zwar mit Recht verfügt, daß die Scheidung der bestehenden Ehen von jetzt ab nach dem Allg. Landrecht beurtheilt werden solle, aber ebenso richtig wurde die ausdrückliche Bestimmung getroffen, daß eine vor der Einführung und resp. Wiedereinführung des Allg. Landrechts vorgefallene Thatsache nicht als Scheidungsgrund angerufen werden könne, wenn sie unter dem frühern Gesetze keinen solchen dargestellt habe. Savigny (a. a. O., S. 526) sagt, indem er diese Einführungsgesetze als Bestätigung seiner Theorie anzieht: „Nur wurde die sehr mäßige und nicht unbillige Ausnahme hinzugefügt, daß ein Scheidungsgrund des Landrechts nicht geltend gemacht werden dürfe, wenn die zum Grunde liegende Thatsache vorgefallen sei während der Herrschaft des fremden Gesetzes und in diesem Gesetz nicht als Scheidungsgrund gegolten habe.“ Savigny gesteht also, offenbar von seinem juristischen Gefühle bestimmt, selbst ein, daß diese angebliche [2] Ausnahme eine „sehr mäßige und nicht unbillige“ sei. Folg-

---

[1] Vgl. Anwendungen sub I (Personenzustand) und II A.

[2] Es ist nämlich irrig von Savigny, wenn er jene Bestimmung so ansieht, als ob sie auch im Sinne des preußischen Gesetzgebers eine „Ausnahme“ gewesen sei. Im Systeme der preußischen Gesetzgebung ist sie das durchaus nicht, weil sie in ihr nur eine nothwendige Folge ihres Hauptgrundsatzes ist, Allg. Landr., Einleitung, §. 14: „Neue Gesetze können nicht auf schon vorhin vorgefallene Hand-

lich müßte er auch zugeben, daß diese Ausnahme mit innerer Rechtmäßigkeit und Nothwendigkeit aus der Rechtsidee folge, sonst könnte sie keine sehr mäßige und „nicht unbillige" sein. Dann aber wäre schon dies sehr widerspruchsvoll, daß Savigny im stricten Gegensatz zu dem, was er selbst gegen die frühern Autoren über die Unstatthaftigkeit der Ausnahmen uns eben gesagt hat, hier doch wieder eine nothwendige oder wenigstens statthafte Folgerung der Rechtsidee in den Nothbehelf der Ausnahmen[1] hineinflüchten muß. Und besonders bemerkenswerth ist es hierbei, daß es diesmal der Grundsatz der Nichtrückwirkung ist, der in jenen Schlupfwinkel gerettet werden soll! In der That ist aber Savigny durch sein Princip in die Unmöglichkeit versetzt, die Rechtmäßigkeit dieser Ausnahme zuzugeben, und so sagt er an einer andern Stelle wieder im directen Widerspruch mit seiner oben angeführten Anerkennung der

---

lungen und Begebenheiten angewendet werden", ein Grundsatz, der bei jeder Einführung des Allg. Landrechts in neuerworbene oder wiedereroberte Provinzen vom preußischen Gesetzgeber immer wieder aufs neue verkündet wurde. So heißt es z. B. in dem Publicationspatent vom 9. November 1816 für das Großherzogthum Posen (Gesetzsamml., S. 225) §. 3: „Auf die vor dem 1. März 1817 während der Gesetzeskraft der fremden Rechte vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten soll das Allg. Landrecht nicht angewendet werden" u. s. w., und ebenso in den andern Publicationspatenten. Wenn es also z. B. in dem Publicationspatent vom 9. November 1816 für den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn (Gesetzsamml., S. 217) in §. 11 heißt: „Die Gründe, aus welchen eine vor dem 1. Januar 1817 geschlossene Ehe von nun an für nichtig und ungültig zu erklären, oder auch zu scheiden, werden dagegen nach den Vorschriften des Allg. Landrechts beurtheilt, insofern sie nicht aus Thatsachen hergenommen werden, welche sich früher ereigneten und die das damals geltende Gesetz für keinen zureichenden Grund erachtet hat", so hat diese Bestimmung nur in dem Satzzusammenhange, also im grammatikalischen Sinne, die Stellung einer Ausnahme, ist aber keineswegs auch im materiellen Sinne als eine Ausnahme von der rechtlichen Natur der Sache, sondern vielmehr hier nur als eine Einschlägigkeit jener Hauptregel gedacht worden. Es finden sich daher auch preußische Publicationspatente, in denen jene Bestimmung auch grammatikalisch die Form einer Ausnahme nicht hat. So heißt es z. B. in dem Publicationspatent vom 9. September 1814 für die frühern preußischen Provinzen jenseit der Elbe (Gesetzsamml., S. 89) in §. 9: „Die Gründe einer nach dem 1. Januar 1815 nachgesuchten Ehescheidung werden dagegen nach den Vorschriften des Allg. Landrechts beurtheilt und können nicht auf Thatsachen gegründet werden, welche sich früher ereigneten und die das damals geltende Gesetz nicht für einen Ehescheidungsgrund erachtet hat."

[1] Es ist dies nicht zu verwechseln mit solchen Fällen, wo Savigny in positiven Gesetzen Ausnahmen von seiner Regel nachweist. Denn Gesetzgeber können von der richtigen Theorie abgewichen sein, und dann liegt eine wirkliche Ausnahme vor. Der Widerspruch besteht vielmehr darin, daß Savigny hier selbst die innere Legitimität dieser Ausnahme in den oben angeführten Worten einräumen muß.

innern Legitimität jener Ausnahme S. 495 ausdrücklich: „Es wird aber unten gezeigt werden, daß weder diese Zeit (der geschlossenen Ehe) noch die Zeit der Thatsache, die als Scheidungsgrund dienen soll, maßgebend sein darf, sondern allein die Zeit der Scheidungsklage."

Abgesehen von den Widersprüchen, liegt am Tage, daß ein Princip, welches fordert, daß eine vollbrachte individuelle Handlung, die vom Gesetz nicht als Scheidungsgrund qualificirt wird, diese Wirkung durch ein späteres Gesetz empfange, schon darum allein nothwendig falsch ist, weil hierin ein unbestreitbarer Fall vollständigster Rückwirkung im unzulässigsten Sinne des Wortes vorliegen würde.

Endlich schließen wir diese vorläufige allgemeine Kritik der Savigny'schen Theorie mit folgender Bemerkung: Die von Savigny gegebene Regel, daß die Gesetze, welche das Dasein oder das So- oder Anderssein der Rechte betreffen, rückwirken müssen, besagt ihrem Inhalte nach eigentlich gar nichts anderes als die sehr alte und besonders den französischen Juristen seit jeher sehr geläufige Formel, daß alle Bestimmungen, welche dem öffentlichen Rechte entflossen sind, rückwirkender Natur seien. Die auf den ersten Blick versteckte Identität beider Formeln tritt sofort näher zu Tage, wenn man erwägt, daß einerseits alle Rechtsregeln über das Sein und Nichtsein eines Rechtsinstituts oder über das So- oder Andersein der Rechte zu den absoluten Gesetzen gehören, über welche nicht paciscirt werden kann, und andererseits alle solche Gesetze, über welche nicht paciscirt werden kann (die nicht ad voluntatem spectant), als dem *jus publicum* entflossen angesehen werden.[1] Aufs deutlichste erkennbar wird endlich diese Identität, wenn man sieht, wie Savigny zur Unterscheidung seiner beiden Klassen von Rechtsregeln, ob nämlich ein Gesetz zum Erwerb oder zum Dasein der Rechte gehöre, als Kennzeichen kein anderes aufstellt als eben dies: ob ein Gesetz *juris publici* sei, in welchem Falle es das Dasein der Rechte betreffe. So sagt nämlich Savigny selbst (a. a. O., S. 520): „Ein besonders sicheres und für die meisten Fälle ausreichendes Mittel der Grenz-

[1] S. L. 38 de pactis (2, 14), L. 20 de religiosis (11, 7), L. 45, §. 1 de divers. reg. (50, 17), L. 27, §. 4 de pactis (2, 14), L. 7, §. 14 de pactis (2, 14). (Ulpian: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de republica, non liceat, quae distinctio vera est.) Paulus setzt daher ausdrücklich entgegen voluntas und jus im eigentlichen strengern Sinne L. 12, §. 1 de pact. dotal. (23, 4): Ex pactis conventis .... alia *ad voluntatem pertinent* ... alia *ad jus* pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. L. 27 de divers. regul. (50, 17). Vgl. Savigny, „System", I, §. 16. Boecking, „Pandekten des römischen Privatrechts", I, 312, 2. Aufl. (Bonn 1853).

scheidung (zwischen jenen beiden Klassen von Rechtsregeln) wird darin liegen, daß wir untersuchen, ob vielleicht ein neues Gesetz zu den soeben erwähnten Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur gehört, die außer dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben. In diesem Falle haben wir dasselbe unzweifelhaft zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte zu zählen, auf welche der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Anwendung findet."

Zu diesen Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur rechnet aber Savigny selbst alle solche, die „mit sittlichen, politischen, volkswirthschaftlichen Gründen und Zwecken im Zusammenhange stehen" oder auf der positiven Natur eines Rechtsorganismus beruhen, d. h. alle solche, die zum jus publicum gehören und von Savigny deshalb passend absolute Gesetze genannt werden (s. a. a. O., VIII, 517 und I, 57 fg.).

Savigny hat also das, was jene Formel, daß alle dem jus publicum entflossenen Gesetze rückwirkende Natur haben, von der Seite des Inhalts der Gesetze besagt, nur nach der Seite der Form hin ausgedrückt und mit formeller Schärfe hingestellt, und es kehrt deshalb jene Seite des Inhalts auch ausdrücklich als Kennzeichen bei der formellen Eintheilung der Gesetze in die beiden Klassen wieder zurück.

Aber man darf nicht glauben, daß um dieser Identität des Inhalts willen die Savigny'sche Lehre nun keinerlei Fortschritt gegenüber jener Formel darstelle. Vielmehr muß das Verdienst, welches sich dieser große Denker auch um diese Materie, und besonders um ihre Behandlung in Deutschland erworben hat, äußerst hoch veranschlagt werden. Es ist am Ort, dies hier näher zu begründen, um so mehr, als die Behauptung eines Fortschritts bei gleichgebliebenem Inhalt zunächst sehr paradox erscheinen könnte, sich aber hierbei gerade die hohe, auf ihren Inhalt selbst wieder rückwirkende Wichtigkeit der Form auch in diesem Gebiete ergeben wird.

Ob eine Bestimmung des Privatrechts aus Gründen des öffentlichen Interesses gegeben sei und daher zum öffentlichen Recht gehöre (ad rempublicam spectat), ist eine Frage nach dem Inhalt jener Bestimmung und muß aus ihm beurtheilt werden. Wenn also gesagt wird, daß alle solche Gesetze augenblicklich eingreifen, welche dem öffentlichen Rechte entflossen sind, so ist hierin blos ein inhaltliches Kennzeichen und Merkmal gegeben, nach welchem sich dann bei den verschiedenen Gesetzen die Frage ihrer Rückwirkung entscheiden lassen wird. Dies Merkmal kann und wird nun bei den verschiedenartigsten Gesetzen zutreffen. Denn in den allerverschiedenartigsten Rechtsgebieten, im Personen- wie im Sachenrecht, im Obligationen- wie im Familienrecht u. s. w. kann eine Bestimmung aus Gründen des öffentlichen Wohles erlassen werden.

Eben deshalb ist also durch jenes inhaltliche Kennzeichen über den **eigenthümlichen** Inhalt der Gesetze, welche von demselben getroffen werden, noch nichts ausgesagt. Der bestimmte Umfang der Klasse von Gesetzen, auf welche sich dies Kennzeichen anwenden wird, liegt noch ganz im Dunkeln; ja, es ist noch gar keine eigene Klasse von Gesetzen mit einem ihr eigenthümlichen Inhalt und allgemeinem Charakter durch jene Formel aufgestellt, sondern nur eine gemeinsame Quelle ist angegeben, aus welcher Gesetze der verschiedenartigsten Klassen stammen sollen. Es ist ausgesagt das Warum, aus welchem jene Gesetze verfügen werden. Aber es ist nicht das Geringste ausgesagt über ein gemeinschaftliches Was, das sie verfügen werden. Es muß vielmehr zunächst scheinen, daß eine solche Gemeinschaftlichkeit des Was? bei der Verschiedenartigkeit der Rechtsgebiete, in welche jene Quelle hinüberströmen kann, gar nicht existiren wird. Das inhaltliche Merkzeichen läßt also den eigenthümlichen Inhalt der Gesetze, die zu ihm gehören, ganz unbestimmt; es stellt sogar in Frage, ob es einen solchen geben wird.

Wird dagegen jenes nach dem Inhalt des Gesetzes schauende Merkzeichen, wird die inhaltliche Formel zur Form der Kategorie[1] herausgerungen und nun gesagt, es sollen alle solche Gesetze sofort eingreifen, welche das Dasein der Rechte und ihr So- und Andersein betreffen, so ist nun zwar inhaltlich nichts geändert. Die Gesetze, welche zu dieser Kategorie gehören, sind identisch mit denen, welche von jenem Kennzeichen betroffen werden. Aber es ist nun sofort durchsichtig der gemeinschaftliche und eigenthümliche Inhalt, den diese sogleich eingreifenden Gesetze haben. Durch die Form der Kategorie, in welche jene inhaltliche Formel erhoben worden ist, sind sie erst jetzt zu einer Klasse constituirt, und es ist jetzt nicht nur sogleich zu überblicken, welche Gesetze zu dieser Klasse gehören, sondern es ist das gemeinschaftliche Was angegeben, welches diese Bestimmungen betreffen und betreffen müssen, um in die Klasse der augenblicklich eingreifenden Gesetze gehören zu können. Und ferner: Vorher mußte es scheinen, als ob es für die Frage der zulässigen Rückwirkung eines Gesetzes auf die Absicht und die Gründe ankomme, aus denen es erlassen sei (ob nämlich aus Gründen des öffentlichen Interesses). Jetzt ist zugleich mit dem Obigen der große Fortschritt gethan, daß sich diese Zulässigkeit des augenblicklichen Eingreifens einer Bestimmung nicht mehr aus den Gründen bestimmt, aus denen ein Gesetz erlassen worden, sondern aus dem Was, das es betrifft, also aus der objectiven Natur des Rechtes

[1] Aber, wie wir schon oben sagten, zur Verstandeskategorie. Der große praktische Unterschied der Verstandes- und der begrifflichen Kategorie wird sich besonders in §. 7 deutlich zeigen.

selbst, das von ihm geregelt wird.[1] Indem also Savigny in scharfer kategorischer Auffassung jene Formel zu einer bestimmten Klasse von Gesetzen erhob, und hierdurch zu zwei sich entgegenstehenden Klassen von Rechtsregeln gelangte, bei deren einer neue Gesetze nicht rückwirken dürfen, bei deren anderer aber neue Gesetze rückwirken müssen, that er den großen Fortschritt, einerseits zu zeigen, daß die Rückwirkung[2] je nach dem Rechtsgebiete ebenso gut Regel sein könne wie die Nichtrückwirkung, andererseits die Frage der Nichtrückwirkung und Rückwirkung im Princip statt auf die Absicht der Gesetzgeber — die er als eine sehr oft willkürliche bezeichnet — auf die innere Natur der Rechte, auf die sich neue Gesetze beziehen, zurückzuführen. Hat er auch das Problem keineswegs gelöst, so hat er doch dafür die Aufgabe meisterhaft gestellt. Diese Aufgabe, die Bestimmung, welche Gesetze rückzuwirken haben und welche nicht, aus dem objectiven Wesen der Rechte selbst hervorgehen zu lassen — ein Wesen, welches durch die positiven Worte eines Gesetzes zwar im gegebenen Falle unterdrückt, aber nicht aufgehoben werden kann —, diese Aufgabe bleibt eine seit Savigny für die Wissenschaft erworbene Forderung. Der naturrechtliche Charakter dessen, was aus dem Wesen der Nichtrückwirkung oder Rückwirkung folgt, ist durch die Savigny'sche Arbeit für immer außer Zweifel gestellt. Und welches Verdienst dies war, wird man am besten beurtheilen können, wenn man einen Blick auf die Verwirrung seiner Vorgänger in Deutschland wirft, z. B. auf den leeren Positivismus eines Bergmann, welcher auf den unglücklichen Gedanken kommen konnte, die Natur der Sache und die sich aus dem Römischen Recht, dem Französischen Recht u. s. w. darüber ergebende Lehre in einen grundsätzlichen Gegensatz zu bringen.

Wenn dies theoretische Verdienste sind, die Savigny um diese Lehre überhaupt hat, so hat er sich für Deutschland insbesondere noch ein praktisches erworben durch manche aus seiner Eintheilung fließende Entscheidungen der einzelnen Fälle. Denn freilich lag die Doctrin über diese Materie gerade in Deutschland weit mehr im Argen als bei den Franzosen, für welche durch ihre nationale Anlage manche in diesem Gebiete

---

[1] Es ist dies aber durch Savigny's Leistung nur an sich oder im Princip erreicht. Denn er selbst, wo er die Rückwirkung der das Dasein der Rechte betreffenden Gesetze rechtfertigen will, argumentirt wieder blos aus der Absicht des Gesetzgebers, s. VIII, 515 fg.

[2] Savigny drückt sich geradezu so aus, daß diese Gesetze rückwirken und rückwirken sollen. Es ist dies eine zu tadelnde und schädliche Ausdrucksweise. Denn es wird später gezeigt werden, daß alle rechtmäßigen Einwirkungen neuer Gesetze überhaupt nur scheinbare, nie wirkliche Rückwirkungen sind, und es vielmehr nach der wahren Theorie ein absolutes Kennzeichen für die Entscheidung der Fälle bildet, daß eine wirkliche Rückwirkung ohne Ausnahme niemals eintreten dürfe.

für uns bestehende Schwierigkeit nicht vorhanden war. Es ergibt sich das am deutlichsten, wenn man sieht, wie noch bei Bergmann die in Frankreich seit lange herrschenden Grundsätze von dem augenblicklichen Eingreifen neuer Gesetze auf den Personenzustand, auf solche Vermögensrechte, welche ein bloßes Accessorium rein persönlicher Verhältnisse sind (z. B. älterlicher Nießbrauch), auf die persönlichen Rechte des Vaters über die Kinder, auf das eigentliche Eherecht, auf bloße Erwartungen und die revocabeln Dispositionen[1] von Todes wegen u. s. w. als Eigenthümlichkeiten des Französischen Rechts betrachtet und dem, was nach ihm im Römischen und resp. selbst im Preußischen Recht gilt, geradezu entgegengesetzt werden[2], während durch und seit Savigny alle diese angeblich eigenthümlich französischen Grundsätze zur unbestrittenen Gültigkeit auch in der deutschen Rechtswissenschaft durchgedrungen sind.

Selbstredend ist übrigens, um hierauf zurückzukommen, jener Satz von der Rückwirkung der dem jus publicum entfließenden Bestimmungen[3] um nichts richtiger in seiner alten Formel als in der ihm bei Sa-

---

[1] Ging doch Bergmann so weit (S. 110 u. 92), als römische Regel aufzustellen, daß Gesetze, welche die Fähigkeit zu testiren oder aus Testamenten zu succediren, oder welche das Pflichttheil abändern, auf vorhandene Testamente nicht einwirken dürfen, ja sogar (S. 89 u. 96) daß Gesetze, welche die Intestaterbfolge anders gestalten, falls sie dies infolge einer Veränderung des Personenstandes thun, auf die noch lebenden Personen, weil deren „Personenstand bereits in der Vorzeit begonnen und regulirt war", nicht anwendbar seien!

[2] Da es seit geraumer Zeit bei sehr vielen unserer Publicisten Mode geworden ist, von der „romanischen" Natur der Franzosen als von einer individualitätslosen Masse zu reden, deren sie von uns unterscheidende Eigenthümlichkeit darin beruhe, sich wie ein schlechter Teig vom Staate kneten und verändern zu lassen, so hätten sie also — vor Savigny — eine kostbare Gelegenheit gehabt, dies auch an dem oben berührten Gegensatz der französischen Lehre über den Personenstand u. s. w. darzuthun und dagegen die große Knorrigkeit des deutschen Privatindividuums zu bewundern, welches sogar seinen Gesetzgebungsfortschritt von seinem einmal vorhandenen persönlichen Zustand, seinen persönlichen Rechten und sogar seinen Erwartungen abzuhalten weiß, resp. mindestens abzuhalten strebt. Und sicher haben sie sich diese köstliche Gelegenheit nur infolge ihrer ebenso glücklichen als gründlichen Unwissenheit in allen Gebieten reellen Wissens, auf die es hierbei ankommt, entgehen lassen. Jetzt aber ist sie vorüber. Denn seit Savigny — dem man doch kaum französische Tendenzen wird beilegen wollen — sind wir in dieser Hinsicht gerade durch die Wissenschaft glücklicherweise zu demselben von jedem Gesetzgebungswechsel hin- und hergekneteten schlechten Teige degradirt worden!

[3] Die älteste Stelle übrigens, welche zur Rechtfertigung dieser Behauptung von der rückwirkenden Natur der aus dem öffentlichen Rechte stammenden Gesetze in Anspruch genommen werden könnte, obgleich wir uns nicht erinnern, daß bei irgendeinem Autor diese Herleitung versucht wird, ist eine bekannte Stelle des Cicero (Oratoriae Partitiones, C. 37) über das Verhältniß des jus civile zum

vigny gegebenen Gestalt. Es kann gegen ihn alles das gesagt werden, was gegen Savigny gilt. So sind, um an das obige Beispiel anzuknüpfen, Ehescheidung und Ehescheidungsgründe juris publici. Deshalb darf aber eine vollbrachte individuelle Handlung dennoch nicht durch ein späteres Gesetz zu einem Ehescheidungsgrunde werden. Ja, es ließe sich gegen jene ältere Gestalt der Formel noch einiges mehr sagen als gegen Savigny. So ist die Behauptung, daß alle Gesetze juris publici rückwirkender Natur seien, schon deshalb unwahr, weil das Strafrecht doch gewiß juris publici ist und trotzdem niemandem einfallen wird, eine Rückwirkung neuer strafrechtlicher Verbote in Anspruch zu nehmen. Nun wird man freilich sagen, jener Grundsatz solle sich auch nur auf das Privatrecht, nicht auf das Strafrecht beziehen. Allein es ist klar, daß, da auch im Strafrecht Rückwirkung unzulässig ist, der Grundsatz, der als die wahrhafte und *oberste Rechtsidee* an die Spitze der Lehre von der Rückwirkung gestellt werden soll, ein solcher sein muß, der seine Bethätigung im Privat- wie im Strafrecht gleichmäßig findet, sodaß beide Gebiete sich nur als die Durchführung seines gemeinsamen Grundgedankens erweisen. Wird also auch, wie bei Savigny, die Durchführung durch das Strafrecht nicht gemacht[1], so muß dennoch der im Privatrecht als die *Rechtsidee* der Rückwirkung hingestellte Gedanke *fähig* sein, auch im Strafrecht als das die weitern Bestimmungen aus sich entwickelnde Princip zu fungiren. Es besteht außerdem ein sonderbarer

---

jus gentium, welches in Rom ein geschlossenes Rechtssystem von bestimmter Wirksamkeit war. War aber durch die Bestimmungen des jus civile etwas prohibirt, so hatte dies nicht einmal nach jus gentium Gültigkeit und Wirksamkeit. Eine gegen die Verbotsgesetze des jus civile geschlossene Ehe wurde z. B. in Rom auch nicht einmal nach jus gentium als wirksam angesehen (s. §. 12, I, de nuptiis, 1, 10), wenn sie auch bei andern Völkern gültig gewesen wäre (s. hierüber Savigny über die Quellen des Rechts, I, §. 22, S. 112), und Cicero spricht a. a. O. diese Regel offen seinem Sohne aus: „Atque etiam hoc inprimis, ut *nostros* mores legesque tuemur, quodammodo naturali jure praescriptum est.“ Man könnte nun ganz entsprechend der Analogie, welche auch sonst zwischen der *örtlichen* und der *zeitlichen* Collision der Gesetze in Anspruch genommen wird, hieraus herzuleiten versuchen, daß sich das Gesetz der Jetztzeit zum Gesetz der Vorzeit verhalten müsse wie das jus civile zum jus gentium, und deshalb ein dem öffentlichen Recht entflossenes neues Gesetz um seines das Abweichen der Privatwillkür ausschließenden prohibitiven Charakters willen das frühere Recht sofort außer Wirksamkeit setzen müsse.

[1] Und es erhellt ganz von selbst, warum Savigny freilich die Gültigkeit seines Princips auf das Privatrecht beschränken und Strafrecht wie öffentliches Recht überhaupt ausdrücklich davon ausschließen mußte, weil nämlich hierauf angewendet, sein Grundsatz die maßloseste Rückwirkung erzeugen müßte. Denn welche Handlungen erlaubte sein sollen und welche nicht, gehört zum *Dasein der Rechte*, sodaß neue Strafgesetze nach jenem Grundsatz rückwirken müßten.

Widerspruch jener Formel darin, daß sie innerhalb des Privatrechts Rückwirkung verlangt auf Grund dessen, daß etwas dem öffentlichen Rechte entflossen sei und das öffentliche Recht rückwirkende Natur habe, im öffentlichen Recht selbst aber — im Strafrecht — (und ebenso auch in Bezug auf andere Theile des öffentlichen Rechts, wie Staatsbürgerrecht, Indigenatsrecht) dieser Grundsatz durchaus nicht zur Anwendung kommen soll.

In neuester Zeit hat endlich ein hochverdienter landrechtlicher Jurist, der Präsident des königlichen Obertribunals, Dr. Bornemann, unsere Materie einer erneuten Erwägung unterzogen.[1]

Das Verdienst dieser Schrift besteht vorzüglich darin, daß hier bereits (S. 8 fg.) der von Savigny aufgestellte Grundsatz „als ein nicht haltbarer" eingestanden wird.[2] Es besteht ferner in mancher mit glücklichem Takt vom Autor gegebenen richtigen Entscheidung, der aber freilich

---

[1] Erörterungen im Gebiete des Preußischen Rechts von Dr. W. Bornemann (Berlin 1855), Heft 1, S. 1—64.

[2] Die erste große Autorität, die sich, wenn auch nur in einer allgemeinen Bemerkung, entschieden gegen Savigny erklärt hat, ist Boecking. Derselbe äußert sich nämlich („Pandekten des römischen Privatrechts u. s. w.", Bonn 1853, I, 317, Not. 6): „Der ausführlichen Besprechung der «zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse» in Savigny's «System», Bd. VIII, und der daselbst angeführten Schriftsteller können wir großentheils weder beioder hier im einzelnen entgegentreten." Kurz vor ihm hatte von Scheuerl in einem kleinen Aufsatz in seinen „Beiträgen zum Römischen Recht" (Erlangen 1853), S. 137—148, Not. 6, bekannt, daß er trotz seiner großen Bewunderung der von Savigny um diese Lehre sich erworbenen Verdienste sich dennoch „seine Resultate nicht durchweg einfach aneignen könne, sondern sich dadurch zum Theil nur um so mehr zu neuer Untersuchung angeregt fühle", worauf er, nicht ohne die Einwirkung eines richtigen Rechtsgefühls, versucht, einen Unterschied zwischen „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" (Ausdruck des Allg. Preußischen Landrechts, Einl., §. 14) und den „facta praeterita" aufzustellen, ein Versuch, der ihm aber keineswegs gelungen ist, da bei seiner Definition der facta praeterita als „vollendeter juristischer Thatsachen" oder als „thatsächlicher Verhältnisse, welche kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen haben", ja eben wieder nach der Definition gefragt werden muß, welches denn im Unterschiede von bloßen „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" das Kriterium der „vollendeten" Thatsachen, das Kriterium derjenigen thatsächlichen Verhältnisse sei, welche „kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen" haben. In dieser Definition ist ja vielmehr ganz offenbar die erst zu untersuchende Frage durch eine vollständige petitio principii als ein bereits Bekanntes und Gegebenes vorausgesetzt! Nach einer kurzen Erörterung dieses nicht gelungenen Versuchs beschränkt sich von Scheuerl darauf, die Einwirkung neuer Gesetze auf Verjährungsfristen mit Savigny zu discutiren, wobei er übrigens zu demselben praktischen Resultat mit diesem gelangt.

dann wieder ebenso häufig irrthümliche gegenüberstehen. Sieht man aber auf die Gründe, mit welchen Bornemann Savigny entgegentritt, sowie auf die von ihm selbst an Stelle der Savigny'schen Regel aufgestellten Gesichtspunkte, so läßt sich nicht verkennen, daß diese durchaus nicht stichhaltiger Natur sind und keinenfalls einen Fortschritt gegen die Savigny'sche Theorie bilden.

An Stelle der von Savigny gewollten Unterscheidung zwischen den beiden Klassen von Rechtsregeln will nämlich Bornemann das weder sehr neue noch sehr tiefe Princip setzen, daß es vielmehr überall nur auf die *Absicht* des Gesetzgebers ankomme. Auch bei Gesetzen, welche das Dasein von Rechtsinstituten beträfen, z. B. bei Lehen, Fideicommissen, Erbzins- oder Erbpachtverhältnissen, sei denkbar, daß der Gesetzgeber nur die Entstehung neuer Rechtsverhältnisse dieser Art habe verhindern, die bereits entstandenen aber bis zu ihrem Absterben oder ihrer Beseitigung durch Uebereinkunft der Betheiligten habe fortbestehen lassen wollen. „Folglich werde", sagt Bornemann (S. 8), „auch die rückwirkende Kraft der Gesetze, welche das Sein oder Nichtsein von Rechtsinstituten betreffen, hiernach durch die ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen erhellende *Absicht* des Gesetzgebers bestimmt. Dann aber ist zwischen dieser Gattung von Rechtsregeln und den Rechtsregeln, welche sich auf den *Erwerb* von Rechten beziehen, in Bezug auf ihre Rückwirkung *kein wesentlicher* Unterschied abzusehen."

Wir wollen hier nicht darüber streiten, ob es dem Gesetzgeber wirklich zusteht, wie dies aus Bornemann's Ansicht folgt, auch die Gesetze über den Erwerb der Rechte je nach seiner Absicht beliebig rückwirken zu lassen. Jedenfalls aber folgt daraus, daß der Gesetzgeber die *Macht* hat, vorkommendenfalls die Natur der Sache auch zu *verletzen*, doch noch nicht, daß es überhaupt *keine objective Natur der Sache gebe!* Bei der wissenschaftlichen Untersuchung dieser Lehre — und eine solche, selbst das Preußische Recht nur beiläufig, wenn auch mit besonderer Ausführlichkeit, berücksichtigende Untersuchung erklärt doch Bornemann selbst S. 1 führen zu wollen — zum Requisit der Rückwirkungsfähigkeit eines Gesetzes statt der durch die Wissenschaft festzustellenden Natur der Sache nur die beliebige Absicht des Gesetzgebers zu machen, heißt nichts anderes, als jeden wissenschaftlichen Standpunkt überhaupt aufgeben und an ihm verzweifeln.

Mindestens scheint durch diese die gesetzgeberische Absicht an die Stelle der rechtlichen Natur der Sache setzende Lösung eine schwierige Untersuchung erspart und für die *praktische* Behandlung ein fester positiver Boden gewonnen zu sein. Aber auch das ist nur ein leerer, sich sofort selbst auflösender Schein. Denn

1) würde schon ein Richter unter einer der zahlreichen früher erwähnten oder diesen etwa hierin noch in Zukunft nachahmenden Constitutionen, welche dem Gesetzgeber die Rückwirkung verbieten, sich nicht mit der Frage nach der Absicht des Gesetzgebers abfinden können, sondern er würde untersuchen müssen, inwiefern nach der rechtlichen Natur der Sache die sofortige Anwendung eines neuen Gesetzes auf schon bestehende Verhältnisse eine unzulässige Rückwirkung in sich schließen würde. Er würde in diesem Falle sogar eine ausdrückliche gesetzgeberische Verordnung insoweit einschränken müssen;

2) liegt für die Wissenschaft die Discussion ja nicht nur so, wie sie ex lege lata, sondern auch so, wie sie de lege ferenda zu führen ist. Der Gesetzgeber soll sich nicht nur, wenn er seinem Begriffe entsprechen will, nach der rechtlichen Natur der Sache richten. Er wird sich auch, mindestens in den allermeisten Fällen, und wo nicht ganz besondere ihn unmittelbar bestimmende und über alle Rücksichten hinweghebende Gesichtspunkte vorliegen, nach ihr richten wollen. Wenn sich nun also der Gesetzgeber nach der Wissenschaft umsieht, um aus dieser zu erfahren, was die rechtliche Natur der Sache erfordere, und an dieser objectiven Norm seinen Willen zu gestalten, so wird er, wenn er nun erfährt, daß vielmehr seine eigene Absicht der Inbegriff aller Wissenschaft sei, zwar von dieser seiner eigenen Majestät und Herrlichkeit sehr erbaut, aber doch um so weniger belehrt sein! Zumal heutzutage, wo die Gesetzgebung von ihren transscendenten Höhen in die Bürgerkreise hinuntergestiegen ist, welche noch einigermaßen auf die Resultate der Wissenschaft Rücksicht zu nehmen pflegen, wird jede wissenschaftliche Untersuchung dieser Materie ebenso sehr eine gesetzgeberische als eine judiciäre Wirksamkeit haben und sich daher nicht mit dem bloßen Hinweis auf die positive Vorschrift begnügen können, in welchem Falle überhaupt die wissenschaftliche Untersuchung ganz abgeschnitten und alles mit diesem Hinweis gesagt ist.

3) Endlich aber ist die Sache auch da, wo die Untersuchung wie vor unsern Tribunalen nur ex lege lata geführt wird, mit jener Frage nach der Absicht des Gesetzgebers in den allermeisten Fällen um keines Haares Breite von der Stelle gebracht. Denn die unendliche Majorität der bestehenden Gesetze enthält weder eine ausdrückliche, noch aus ihrer wörtlichen Abfassung zu entnehmende Vorschrift über ihre transitorische Anwendung, und ebenso wird das mit der unendlichen Majorität der künftigen Gesetze der Fall sein. Ueberall aber, wo die Absicht des Gesetzgebers nicht ausdrücklich von ihm ausgesprochen ist und also interpretirt werden muß, wird angenommen werden müssen, daß der Gesetzgeber das gewollt habe, was die rechtliche Natur der Sache erfordert; daß er ihr freien Lauf habe lassen wollen. Man wird dann also statt in der

Absicht des Gesetzgebers einen Maßstab zu haben, welcher die wissenschaftliche Natur der Sache zu ersetzen vermöchte, vielmehr um zu wissen, welches jene sei, auf diese recurriren und sie vorher feststellen müssen. Mindestens in der unendlichen Majorität der Fälle wird man also bei der Frage nach der gesetzgeberischen Absicht im Cirkel auf die Frage nach der rechtlichen Natur der Sache zurückgeworfen werden.

Ebenso wenig stichhaltig ist, was Bornemann gegen Savigny in Bezug auf die Rechtsregeln einwendet, welche das So- oder Andersein eines Rechtsinstituts betreffen. Hier will nämlich Bornemann (S. 9 fg.) unterscheiden zwischen Rechtsverhältnissen, die ihrer Natur nach eine unbegrenzte oder doch sehr lange Dauer, und solchen, die nur eine vorübergehende Dauer haben.

Gesetze, welche Rechtsinstitute von unbegrenzter oder doch sehr langer Dauer modificiren, sollen im allgemeinen rückwirken dürfen; Rechtsverhältnisse aber von blos vorübergehender Dauer sollen erworbene Rechte sein und von neuen Gesetzen nicht berührt werden können. Dabei soll das sehr Merkwürdige stattfinden, daß zwar, wie bereits erwähnt, Gesetze, welche Rechtsverhältnisse von unbegrenzter oder sehr langer Dauer betreffen, sofort einwirken sollen, aber nur, wenn die Modificationen, welche das Gesetz in dem betreffenden Rechtsinstitute hervorbringt, nicht zu tief eingreifende sind. Wenn dagegen „das neue Gesetz dergestalt tief eingreift, daß dadurch nicht blos einzelne Befugnisse" aufgehoben, beschränkt oder umgestaltet werden, sondern „dadurch das ganze Rechtsinstitut, welchem das fragliche Recht angehört, seinem ganzen Wesen nach umgewandelt wird", — gerade dann soll die „Anwendung des neuen Gesetzes auf die vorgefundenen Rechtsverhältnisse mindestens nicht unbedingt zulässig" sein. Mit andern Worten: Gesetze, welche einzelne Rechtsbefugnisse aufheben oder modificiren, sollen sofort auf die vorhandenen Verhältnisse anwendbar sein; Gesetze aber, welche dies mit mehreren oder allen aus einem Rechtsinstitut fließenden Befugnissen vornehmen, sollen dies nicht sein.[1] Es läßt sich aber schlechterdings nicht absehen, warum der Gesetzgeber durch seine Vorschrift oder der Richter durch seine Auslegung mich zwar um zwei oder drei Rechtsbefugnisse sollte bringen können, aber nicht um die vier oder fünf, welche diesem Rechtsinstitute überhaupt entfließen, oder wenn sie einmal das letztere nicht können, warum sie das erstere können sollen. Es läßt sich das um so weniger begreifen, als doch gerade bei der gänzlichen Aufhebung oder Umwandelung eines Rechts-

[1] Es wäre dies also gerade das Gegentheil von der Theorie Savigny's, nach welcher vor allem Gesetze, welche das Sein eines ganzen Rechtsinstituts aufheben, rückwirken müssen.

instituts die Exclusion, welche der Gesetzgeber einem bestehenden System von Rechtsbefugnissen entgegenstellt, die totale ist, welche den Richter weit mehr ermächtigen und verpflichten sollte, auf frühere Befugnisse keine Rücksicht zu nehmen.

Es erhellt von selbst, daß diese Theorie eine durchaus unhaltbare ist. Es sind lauter Unterschiede, die sofort in der Hand zerfließen. So ist schon der Fundamentalunterschied zwischen Rechtsverhältnissen von endloser oder sehr langer, und zwischen solchen von kurzer Dauer, ein durchaus nichtiger. Dieser Unterschied ist bereits Savigny nicht entgangen, aber von ihm auch schon auf die richtige Weise erledigt worden. „Die Natur mancher Rechte", sagt Savigny (S. 379), „ist auf eine endlose Dauer eingerichtet, wie das Eigenthum vermittels des Erbrechts, die Sklaverei, die sich durch die Geburt fortgesetzt, sodaß ein völliges Aufhören dieser Rechte nur durch zufällige Umstände eintreten kann; im Gegensatz anderer Rechte, die schon durch ihre Natur auf ein vorübergehendes Dasein angewiesen sind, sowie fast alle Obligationen, der Nießbrauch, die Familienverhältnisse. Bei beiden ist an sich die Collisionsfrage auf gleiche Weise zu entscheiden." Zwischen den Rechten von endloser und von vorübergehender Dauer gibt es übrigens wenigstens einen festen Unterschied überhaupt, wenn auch einen auf unsere Materie sehr einflußlosen. Zwischen den Rechten von sehr langer und von kurzer Dauer läßt sich aber nicht einmal eine Grenzlinie ziehen. Dieser rein quantitative Unterschied ist eben deshalb fließender Natur und daher gar keiner principiellen oder rechtlichen Abscheidung fähig. Wenigstens sagt Bornemann nicht, was eine sehr lange und was eine kurze Dauer eines Rechtes sei, und wir zweifeln, daß irgendjemand statt seiner ein solches Zeitmaß feststellen können wird.

Da Bornemann selbst fühlt, daß mit diesem Unterschiede nichts anzufangen, gibt er ihm bei den Rechten von unbegrenzter oder doch sehr langer Dauer eine andere Gestalt. Er sagt nämlich, daß solche Rechte, wie z. B. Lehen, Reallasten u. s. w. als auf solche Dauer gerichtete Rechte, „mindestens der Regel nach" gar nicht als ein „erworbenes Recht aufgefaßt, sondern höchstens als Erwartung behandelt werden" dürfen. Dann aber folge „die rückwirkende Kraft neuer Gesetze auf die gesetzliche Beschaffenheit solcher Rechte, als Regel, schon aus dem Grunde, daß nur erworbene Rechte durch neue Gesetze nicht berührt werden" (das., S. 10). Ein actuelles Recht, wie z. B. das Zehntrecht oder die Lehnsrechte und gutsherrlichen Rechte auf Seiten des berechtigten Inhabers für bloße Erwartungen zu erklären, wird jedem Juristen als baare Unmöglichkeit, als ein Verstoß gegen die einfachsten Grundsätze des Rechts erscheinen müssen. Es sind diese Rechte ganz so actuell, wie nur irgend-

eines im gesammten Rechtsgebiete, und von „Erwartungen" seitens der Besitzer also hier gar nicht die Rede.[1]

Statt die sehr actuellen Rechte „endloser Dauer" der Berechtigten zu bloßen Erwartungen herabzusetzen, wäre vielmehr umgekehrt von dieser Argumentation nur zu erwarten, daß sie durch ihre Schwäche den Erwartungen der Partei der Berechtigten, den Anspruch auf endlose Dauer ihrer gegenwärtigen Rechte zu einem Rechte zu erheben, möglichsten Vorschub thun wird!

Es kann bei Gründen dieser Art nicht wundernehmen, wenn Bornemann bei den von ihm aufgestellten Grundsätzen sich selbst nicht recht heimisch fühlen kann, sie daher jeden Augenblick durch ein hinzugesetztes „mindestens im allgemeinen", „wenigstens der Regel nach", „jedenfalls in manchen Rechtsverhältnissen" und ähnliche Ausdrucksweisen in ihrer Tragweite abzuschwächen sucht, ihnen aber eben dadurch jeden präcisen und principiellen Charakter nimmt und uns wieder in das vorsavigny'sche Ausnahmenchaos zurückwirft, in dessen durcheinanderschwankendem Gemenge von Ausnahmen, die ihre Regel beständig aufheben, jede kosmische Gedankenordnung untergegangen ist.

Obwol nun ein solches Straucheln so bedeutender Juristen an unserer Materie zu doppelter Vorsicht mahnen muß, und obwol das Geständniß, das Savigny selbst Bd. 8, Vorrede S. VI, ablegt, es sei eine Unmöglichkeit, diese Aufgabe schon jetzt zu einem Abschluß zu führen, der Autor müsse es sich vielmehr hierbei bereits „zur Ehre rechnen, wenn sein Versuch in der fernern Entwickelung nur noch als einzelner, vorbereitender Schritt im Angedenken bleiben sollte", ein Unternehmen um so mislicher macht, welches, wie dies der Philosophie nicht anders möglich ist, mit dem Anspruch einer absoluten Lösung auftreten muß, so liegt doch gerade hierin auch eine um so größere Aufforderung, diesen Gegenstand einer wiederholten Untersuchung zu unterwerfen und den speculativen Begriff durch die einfache Thätigkeit seiner Dialektik das leisten zu lassen, woran die größten Juristen scheiterten und was sie offen als eine Unmöglichkeit eingestanden. Es fehlt aber auch nicht an andern und

[1] Ein solches Recht ist nicht nur keine Erwartung, sondern es ist gerade das logische Gegentheil derselben. Ein Erbe hat noch kein actuelles Recht; er erlangt es erst durch das Eintreten eines Umstandes (des Todes des Erblassers). Darum erwartet er. Der Berechtigte bei einem Zehnten einer Reallast ist in der umgekehrten Lage. Er ist gegenwärtig mit dem Rechte befaßt und soll es durch den eintretenden Umstand (Gesetzgebungswechsel) nur verlieren. Er erwartet daher durchaus nicht, sondern wenn unsere Sprache einen das Gegentheil hiervon bezeichnenden Ausdruck hätte, so wäre dieser gerade der angemessene für seine Position!

praktischen Gründen, welche dies als besonders zeitgemäß erscheinen lassen.

So ist schon oben darauf aufmerksam gemacht, wie nachdem die Gesetzgebung von ihrer transscendenten Höhe in die Bürgerkreise hinunterzusteigen begonnen hat, ein verstärkter Einfluß der Wissenschaft auf die Gesetzgebung möglich ist. Noch concretere Gründe liegen nahe. Der Gesetzgebungswechsel in Deutschland war in den letzten zwölf Jahren ein sehr lebhafter im Verhältniß zu frühern Perioden. Und doch dürfte er nur ein äußerst unbedeutender zu nennen sein, verglichen mit dem ganz anders sturmvoll bewegten, der uns in naher Zukunft bevorsteht. Es kommt hinzu, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung, so sehr er auch zunächst als eine einfache stets gültige Vorschrift des Privatrechts erscheint, seine eigene Geschichte hat, die immer mit dem politischen Charakter der Periode in der innigsten Verbindung steht, sodaß er sogar einer eigenen und sehr lehrreichen Geschichtschreibung fähig wäre. Wer nämlich in unsere Materie auch nur ganz oberflächlich eingedrungen ist, wird begreifen, daß und warum alle Zeiten von gesteigerter historischer Entwickelung — solche also, die man gewöhnlich revolutionäre Zeiten zu nennen pflegt — geneigt sein müssen, dem Grundsatz der sofortigen Anwendung neuer Gesetze eine möglichst weite Ausdehnung zu geben, während alle Zeiten der Reaction — und ebenso alle Parteien von reactionärer Tendenz in Zeiten gesteigerter historischer Entwickelung — den Grundsatz der Nichtrückwirkung zur unzulässigsten Ausspannung aufzutreiben streben; freilich nur insofern es für diese Parteien nicht gilt, eigene durch die frühere Gesetzgebung verloren gegangene Rechte wiederzuerobern! Denn sobald es sich *hierum* handelt, pflegen dieselben am eifrigsten dabei zu sein, trotz aller Formeln und Wendungen, in denen sie den Grundsatz der Nichtrückwirkung sonst heilig sprechen, denselben auf das gewaltsamste unter die Füße zu treten.

Frankreich liefert uns auch hierfür wieder die lehrreichsten Belege, und es kann erforderlich scheinen, das hier abstract Gesagte mindestens durch einige auffällige Beispiele zu klarster Anschaulichkeit zu bringen.

Durch das Gesetz vom 14. Nov. 1792 hatte der französische Nationalconvent alle fideicommissarischen Substitutionen von da ab untersagt und alle zur Zeit bestehende Fideicommisse in freies Eigenthum in der Hand ihrer Besitzer verwandelt. Er hatte ferner durch das Gesetz vom 7. März 1793 alle testamentarische Dispositionen und auch die unwiderruflichen Erbverträge verboten. Durch die Gesetze vom 5. Brumaire II und besonders vom 17. Nivôse desselben Jahres (6. Jan. 1794) ging der Convent aber weiter und verfügte[1] unter anderm, daß alle seit dem

[1] S. Art. 13 des Brumaire-Gesetzes, Art. 2 des Gesetzes vom 17. Nivôse

14. Juli 1789 geschaffenen fideicommissarischen Substitutionen und Erbverträge[1] nichtig sein und die vermöge solcher Stipulationen seitdem erworbenen Güter ebenso wie alle seit demselben Tage eröffneten Erbschaften trotz aller entgegenstehenden Gesetze, Schenkungen, Testamente und Dispositionen aller Art und trotz aller schon vollbrachten Theilungen von neuem nach dem Grundsatze der Gleichheit unter den natürlichen Erben des Verstorbenen getheilt werden sollten. — Wir werden später Anlaß haben, dieses Gesetz in Bezug auf die allgemein bejahte Frage, inwiefern dasselbe eine Rückwirkung in sich schließe, einer strengen wissenschaftlichen Analyse zu unterwerfen.

Wie dem inzwischen auch sei, als die Wogen der Thermidor-Reaction höher und höher stiegen, ging man von der Ansicht aus, daß dasselbe rückwirkender Natur gewesen sei, und man beeilte sich nun durch die Gesetze vom 9. Fructidor III und vom 3. Vendémiaire IV (25. Sept. 1795) die retroactiven Dispositionen der Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II[2] — während man ihre erbrechtlichen Grundsätze für die Zukunft aufrecht erhielt — wieder aufzuheben. Aber man begnügte sich nicht, diese Aufhebung von jetzt ab auszusprechen, sodaß nunmehr z. B. blos alle seit dem 14. Juli 1789 und vor dem sie bereits verbietenden Gesetze vom 7. März 1793 geschlossenen Erbverträge, die sich von jetzt ab noch durch den Tod des Erblassers eröffnen würden, oder alle seit dem 14. Juli 1789 geschaffenen und vor dem sie bereits in freies Eigenthum verwandelnden Gesetze vom 14. Nov. 1792 eröffneten, aber etwa noch in Liquidation befindlichen Fideicommisse aufrecht erhalten bleiben sollten, sondern man gab nun der Aufhebung jener der Rückwirkung angeklagten Gesetze einen jedenfalls und unzweifelhaft rückwirkenden Effect. Man verordnete, daß die Personen, welche auf Grund jener Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II in gesetzlicher Weise Erbschaften erworben hatten, zur Herausgabe verpflichtet, daß alle ergangenen rechtskräftigen Urtheile vernichtet, alle auch gänzlich beendeten Theilungen wirkungslos sein und die bereits zweimal getheilten Erblassenschaften einer dritten Theilung unterzogen werden sollten. Ja, während der Nationalconvent in den Gesetzen vom 5. Brumaire[3] und 17. Ni-

---

und vgl. die Antwort auf die 52. Frage in dem vom Convent auf den Bericht des Gesetzgebungscomités erlassenen Decrete vom 22. Ventôse II.

[1] Sowie auch die vor dem 14. Juli 1789 geschaffenen Substitutionen, Erbfolgeverträge und Testamente, wenn die Urheber am 14. Juli noch am Leben waren.

[2] Ebenso die Decrete des Convents vom 22. Ventôse II, vom 9. Fructidor II u. s. w.

[3] Art. 16: Dans les partages et rapports qui seront faits en exécution des articles précédents, il ne sera fait aucune restitution ni rapport des

vôse II[1] die bona fides der bisherigen Besitzer respectirend, verordnet hatte, daß dieselben nicht nur wegen der stattgehabten Nutzungen keinerlei Ersatz zu leisten hätten, sondern sogar schlechthin, daß die durch die neuen Gesetze berufenen natürlichen Erben die Güter durchaus in dem Zustande nehmen müßten, in welchem sie sich zur Zeit befänden, ging die Thermidor-Reaction weiter und sicherte den von ihr wiedereingesetzten Personen gegen die durch die aufgehobenen Gesetze berufenen und durch dieselbe bona fides gedeckten Besitzer eine Action wegen inzwischen erfolgter Hochwaldsfällungen zu (. . . „sauf l'action pour abbatis de bois-futaie"; Art. 3 des Gesetzes vom Vendémiaire IV).[2]

---

fruits et intérêts qui avant la promulgation du présent décret, auront été perçus en vertu des lois, coutumes et dispositions auxquelles il a été ci-dessus dérogé.

[1] Art. 46, dem eben citirten Art. 16 entsprechend, und dazu noch außerdem Art. 47: „Les héritiers naturels rappelés par le présent décret seront *tenus de recevoir les biens en l'état où ils se trouvent actuellement*" u. s. w.

[2] Man muß aber nicht etwa glauben, daß, wie vielleicht sehr plausibel erscheinen möchte und wie dies Merlin in der That in einer bald zu erwähnenden Conventsitzung darzustellen suchte, die retroactiven Bestimmungen des Gesetzes vom 17. Nivôse dem Convent wider seine eigene Ansicht durch die am 9. Thermidor gestürzte Partei der Schreckensherrschaft aufgezwungen und in einfacher Folge hiervon nach dem Sturz Robespierre's wieder aufgehoben worden wären. Der Convent blieb vielmehr noch lange nach dem 9. Thermidor von der Richtigkeit der hierüber im Nivôse-Gesetz aufgestellten Grundsätze durchdrungen und nur sehr allmählich und mit der fortschreitenden Hitze der rückschreitenden Bewegung gelangte man zu der Ansicht, eine unzulässige Rückwirkung in ihnen zu sehen. Weil dies mit unserer obigen Behauptung über den den Individuen selbst oft unbewußten und unmerklichen Einfluß der politischen Ansichten und ihrer Strömung auf die Auffassung des Rückwirkungsgedankens zusammenhängt, und weil selbst unsere ausführlichsten Geschichtswerke, französische wie deutsche, noch immer den Einwirkungen der Französischen Revolution auf die privatrechtliche Lage der Individuen jede detaillirtere Aufmerksamkeit zu schenken verabsäumen — werden doch nicht einmal so überaus charakteristische Thatsachen wie die durch den Retroactiveffect der oben bezogenen Gesetze vom 17. Nivôse II u. s. w. und wieder 3. Vendémiaire IV u. s. w. hervorgerufenen zwei- und dreimaligen Theilungen der Erbschaften, die In- und Außerbesitzsetzungen der natürlichen Kinder u. s. w. von ihnen auch nur erwähnt —, so halten wir darauf, jenen Verlauf um seines bedeutenden geschichtlichen Interesses willen hier zu constatiren.

Während also Robespierre und seine Partei am 9. Thermidor II (27. Juli 1794) gestürzt wurde, erließ noch einen Monat später, am 9. Fructidor II (26. Aug. 1794), der Convent auf den Bericht seines Gesetzgebungscomités über verschiedene hinsichts des Nivôse-Gesetzes eingegangene Petitionen und zur Schlichtung der in denselben aufgeworfenen Fragen, ein Decret (ganz nach Art des Decrets vom 22. Ventôse II), in welchem er überall auf das strengste an den Bestimmungen und Grundsätzen des Nivôse-Gesetzes festhält. Ja, am selben Tage erließ der

Ebenso hatte der Nationalconvent durch Gesetz vom 4.—6. Juni 1793 im Princip die Successionsfähigkeit der natürlichen Kinder in den älterlichen Nachlaß decretirt und zur Regelung dieser Verhältnisse das

---

Convent sogar ein Decret (décret additionnel à celui du 17—21 nivôse sur les successions), in welchem er, das Nivôse-Gesetz noch ausdehnend, verfügt, daß auch die Hinterlassenschaften aller seit zehn Jahren vor dem 14. Juli 1789 Abwesenden nach den Grundsätzen jenes Gesetzes getheilt werden sollten. Und wir bemerken einstweilen, daß es Berlier war, welcher diesen Gesetzvorschlag dem Convent präsentirte (s. den Moniteur vom 11. Fructidor II). Selbst noch im Brumaire III (October—November 1794) dachte der Convent noch nicht an die Rücknahme jener retroactiven Bestimmung, wie wir bald sehen werden. Ja, nicht genug; noch am 11. Nivôse III — also am 31. Dec. 1794 — ging der Convent, durch Petitionen wie Anträge um Rücknahme jener Bestimmungen bestürmt, nicht nur zur Tagesordnung über, sondern decretirte sogar, daß dieser Uebergang zur Tagesordnung in das Bulletin de correspondance aufgenommen werden sollte, um hierdurch auf das nachdrücklichste zu zeigen, daß er zur Aufrechterhaltung jenes Gesetzes fest entschlossen sei. — Wir entnehmen letztere Thatsachen dem Eingeständniß, welches Merlin in einer viel spätern Zeit, in seinem als Generalprocurator am pariser Cassationshofe in der Sitzung desselben vom 21. Vendémiaire X (13. Oct. 1801) im Proceß Dubarry contra Lonjon gehaltenen Plaidoyer abgelegt hat, in einer Zeit also, in welcher sich die Leidenschaften beruhigt hatten und er sich vielleicht selbst nicht mehr erinnerte, wie sehr er durch dies Eingeständniß die von ihm in der Conventssitzung vom 5. Floréal III aufgestellten Behauptungen selbst Lügen strafte. Merlin sagt in jenem Plaidoyer (abgedruckt in seinen Questions de droit [Paris 1828], III, 581) wörtlich: „Mais premièrement, il n'existait en brumaire an III, aucun indice que l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II dût être rapporté; et la Convention nationale elle-même y était alors *si peu disposée* que deux mois après, le 11 nivôse an III, non seulement elle a passé à l'ordre du jour sur la proposition qui lui était faite de rapporter ces dispositions extraordinaires, mais elle a encore ordonné que le décret par lequel elle avait écarté cette proposition, fût inséré *au Bulletin de correspondance, afin sans doute de manifester avec d'autant plus d'éclat, l'intention où elle était de maintenir la loi dans son intégrité.*" Erst in der Sitzung vom 5. Floréal III (24. April 1795) war es, daß die Suspension aller auf Grund des Nivôse-Gesetzes noch schwebenden Proceduren vom Convent decretirt wurde. Wenn Merlin also in dieser Sitzung (s. den Moniteur vom 9. Floréal III) die Behauptung aufstellt, der Art. 14 der Declaration der Menschenrechte von 1793 habe (s. oben S. 6, Anmerk. 1) nach der ursprünglichen Absicht auch im Civilrecht das Rückwirken neuer Gesetze ausschließen sollen, so kann er hierin vollständig recht haben, denn die in Rede stehenden Bestimmungen des Nivôse-Gesetzes enthielten, wie wir später sehen werden, nach Ansicht des Convents gar keine wirkliche Rückwirkung. Wenn aber Merlin ferner in dieser Rede, die Pétitionnaires, welche die Barre des Convents bestürmten, unterstützend, das Nivôse-Gesetz so darstellen will, als sei es nur von Couthon, Hérault-Séchelles und Fabre d'Eglantine u. s. w. dem Convent aufgezwungen worden, wenn er behauptet, keiner seiner Collegen habe sich zur Redaction dieses Gesetzes hergeben wollen, nur mit List habe Berlier dazu bestimmt werden können, und zwanzigmal habe dieser die Pièces auf

Gesetz vom 12. Brumaire II (2. Nov. 1793) erlassen, nach welchem (Art. 1) die existirenden unehelichen Kinder in alle bereits seit dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften ihrer Aeltern succediren sollten. Durch Gesetz vom 15. Thermidor IV (5. Aug. 1796) verfügte dagegen die Thermidor-Reaction, daß dieser auf den 14. Juli 1789 zurückwirkende Effect aufgehoben sein und die in der Zwischenzeit vom 14. Juli 1789 bis zum 4. Juni 1793 von den natürlichen Kindern auf Grund jenes Gesetzes erworbenen Erbtheile wieder von ihnen herausgegeben werden sollten (nach den Formen des Gesetzes vom 3. Vendémiaire IV).

Die Napoleonische Gesetzgebung trägt den Charakter ihrer ermatteten und relativ rückwärts gewendeten Periode in ruhigerer Weise insofern an sich, daß sie dem Grundsatz der Nichtrückwirkung die unzulässigste Ausdehnung gibt.[1] So verordnet der Code Napoléon z. B. (Art. 2281

---

das Bureau zurückgeworfen „en disant qu'il ne voulait pas être le rédacteur d'une loi aussi infâme", so ist er in dieser ganzen Darstellung der Unwahrheit überführt durch sein eigenes späteres, das Verhalten des Convents zu jenem Gesetz noch lange nach dem Thermidor so ganz anders schilderndes Geständniß; er ist endlich in Bezug auf Berlier der Unwahrheit überführt durch die schon vorher constatirte Thatsache, daß dieser noch einen Monat nach dem Sturz der Schreckensherrschaft den die Principien des Nivôse-Gesetzes von neuem anwendenden und resp. ausdehnenden Gesetzesvorschlag vom 9. Fructidor II machte, und schließlich auch noch dadurch, daß Berlier in seinem früher dem Convent erstatteten Bericht zum Decret vom 22. Ventôse II ausdrücklich geleugnet hatte, daß das Nivôse-Gesetz eine Rückwirkung in sich schließe (s. den Bericht Berlier's im Moniteur vom 25. Ventôse II).

[1] Es wird dies schon durch die oben im Text nachfolgenden Beispiele und durch die dabei angeführten Erklärungen der französischen Regierungsredner hinlänglich erwiesen. Uebrigens gilt das Gesagte noch weniger vom Code selbst, als von den transitorischen Gesetzen und anderen Decreten und Erlassen der kaiserlichen Regierung. So ist z. B. der Art. 2 des Gesetzes über die natürlichen Kinder vom 14. Floréal XI den französisch-rechtlichen Ansichten nicht entsprechend. Noch weniger ist dies mit dem Avis du conseil d'état vom 20. Sept. 1809 der Fall, welcher verordnet, daß bei Contumatialverurtheilungen zum bürgerlichen Tode die durch Art. 28 C. c. hieran geknüpften Folgen für die Art der Vermögensverwaltung nur für später Verurtheilte eintreten sollten. Ebenso steht das Zinsengesetz vom 3. Sept. 1807 durch seine im Art. 5 verfügte Unanwendbarkeit des Maximums auf die bestehenden Verträge in einem auffälligen Gegensatz mit einem in der Folge anzuführenden preußischen Gesetz hierüber und gewiß auch in einem unleugbaren innern Widerspruch mit dem die Freilassung der Schuldgefangenen verordnenden Decret des Convents vom 9. bis 12. März 1793. Der Art. 1041 Code de procéd., bestimmend, daß die neuen Procedurformen auf schon eingeleitete Processe keine Anwendung finden sollen, steht, trotz des einschränkenden Avis du conseil d'état vom 6. Jan. und 16. Febr. 1807, gleichfalls nicht mit der französischen Rechtswissenschaft in Uebereinstimmung. In schreiender Weise verstößt gegen dieselbe der Art. 155 des Organisationsdecrets für die hanseatischen

C. c.), daß die bereits begonnenen Verjährungen nicht nach den neuen vom Gesetz bestellten Fristen, sondern nach den ältern berechnet werden sollten, eine von der Wissenschaft einmüthig verworfene Bestimmung.[1]

So wurde ferner in dem transitorischen Gesetz vom 26. Germinal XI, durch welches das Scheidungsgesetz des Code Napoléon eingeführt wurde, bestimmt, daß dieses auf die bereits eingereichten Scheidungsklagen keinerlei Wirkung ausüben, dieselben vielmehr nach den alten Grundsätzen und Formen abgeurtheilt werden sollten. Und dies wurde vom Regierungsredner Staatsrath Réal in seinem Exposé des motifs vor dem legislativen Körper nicht aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt, sondern vielmehr ausdrücklich als eine nothwendige Folge des über die Nichtrückwirkung handelnden Art. 2 Code civil behauptet.[2] Das Recht auf Schei-

---

Departements vom 4. Juli 1811, welcher bestimmt, daß die durch dies Decret abgeschafften Substitutionen noch wirksam bleiben sollten für die bereits lebenden nächsten Berufenen u. s. w. Wenn man letzteres etwa als eine Billigkeitsausnahme auffassen sollte, so wird sich später zeigen, daß solche angebliche Billigkeit, die überdies der französischen Doctrin ganz entgegen ist, vielmehr eine hohe Unbilligkeit und Rechtswidrigkeit darstellt. Uebrigens hat die kaiserliche Gesetzgebung durch diese und ähnliche Verordnungen im allgemeinen keinen dauernden und umändernden Einfluß auf die französische Doctrin ausgeübt.

[1] Vgl. Bornemann, a. a. O., S. 39. Savigny, a. a. O., S. 434. Simon und Strampff, Zeitschrift, II, 28 fg. Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft (Hannover 1818), S. 34 und 247 fg. Die französischen Schriftsteller selbst leugnen die theoretische Unrichtigkeit dieses Grundsatzes, der schon mit der alten französischen Jurisprudenz, die sich in Bezug auf die königlichen Ordonnanzen von 1510 und 1673 gebildet hatte, in Widerspruch steht, durchaus nicht, und streben deshalb, diese Bestimmung des Code civil lediglich auf die im Code civil bestellten Verjährungsfristen zu beschränken, ihre Unanwendbarkeit auf die erst vom Code de procédure festgesetzten behauptend; s. Merlin, Répert. v° Effet rétroactif, Sect. 3, §. 3 und 11, und Troplong, De la Prescription, S. 522. Ebenso hat der pariser Cassationshof durch Urtel vom 30. November 1813 die Unanwendbarkeit jener Vorschrift auf Verjährungen, die durch ein Specialgesetz bestellt sind, angenommen. Es muß daher um so mehr wundernehmen, wenn in einer Entscheidung des königlichen Obertribunals (Praejud. 2210) unter Bezugnahme auf den Art. 2281 C. c. die völlig falsche Ansicht ausgesprochen werden konnte, daß der mit der richtigen Theorie ganz übereinstimmende §. XVII des Einführungspatents vom 5. Febr. 1794 zum Allg. Landrecht nur eine positive transitorische Bestimmung enthielte, welche auf den Uebergang aus dem alten Rechtszustand in den des Allg. Landrechts zu beschränken sei und ebenso gut auch anders — nämlich dem Art. 2281 C. c. entsprechend — hätte geordnet werden können!

[2] Herr Réal geht deshalb so weit, zu sagen, daß das ganze transitorische Germinal-Gesetz eigentlich überflüssig sei. Es ergebe sich sein Inhalt aus dem Art. 2 Code civil eigentlich von selbst: „Et peut-être que cette solennelle profession de foi, peut-être que cette règle de conduite placée en tête du code dont la loi sur le divorce fait partie, pouvait amener à regarder comme inutile

dung wurde von Hrn. Réal ausdrücklich für ein „droit acquis“ [1], für ein erworbenes Recht ausgegeben! [2]

Von der preußischen Gesetzgebung läßt sich nachweisen, daß in ihr ein großer — und zwar erfreulicher — Umschwung der Ansichten hierüber zwischen den Jahren 1803 und 1814 eingetreten ist, ein Fortschritt, welcher in dieser Hinsicht auch die Grundsätze der Napoleonischen Gesetzgebung, die freilich durchaus nicht hierin mit den Grundsätzen der französischen Jurisprudenz für überall identisch gehalten werden dürfen [3],

---

la loi transitoire dont le projet vous est soumis!! Mais le Gouvernement a été instruit que *des doutes* (!!) s'élevaient“ u. s. w.

[1] „Dans sa disposition générale, le projet de loi que nous vous présentons, appliquant le principe proclamé par l'art. 2 du code prononce que le droit résultant de la loi ancienne est *acquis* à celui qui a usé de ce droit antérieurement à la publication de la loi nouvelle.“

[2] Um wieviel richtiger dagegen die mit den später zu entwickelnden Grundsätzen der Wissenschaft genau übereinstimmenden Publicationspatente des preußischen Gesetzgebers hierüber in den Jahren 1814—16, auf welche schon oben (S. 15, Anm. 2) Bezug genommen ist! — Jenes Exposé des motifs des Staatsraths Réal läßt übrigens sehr deutlich erkennen, aus welcher historischen Ursache in jener Periode diese übertriebenen Auffassungen der Nichtrückwirkung stammen. Er erinnert zuerst an die allgemeine Uebereinstimmung der Jurisconsulten aller Zeiten über diesen Grundsatz und wirft dann einen mit Abscheu erfüllten Blick auf die Zeiten des Convents, in denen allein er mit Füßen getreten worden sei. „C'est sans doute parce que *dans ces temps de troubles* dont nous sortons à peine, cette vérité, aujourd'hui si religieusement respectée, a été *plus audacieusement foulée aux pieds* que vous retrouvez à la tête du Code Napoléon, sous l'art. 2 du Titre préliminaire, la déclaration suivante que son évidence devait sans ce motif dispenser de toute publication: La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif.“ Die Sache ist, daß man, die Grundsätze der Wissenschaft über diese Materie sehr wenig beherrschend, dem Convent jedenfalls sehr viel Fälle von Rückwirkung vorwarf, in denen eine solche in Wahrheit durchaus nicht zu finden ist. Um sich von ihm so sehr als möglich zu entfernen und in dem oben erwähnten jeder Reactionsperiode natürlichen Streben, die Gültigkeit der Nichtrückwirkung zu übertreiben, kam man so weit, daß, wie Herr Réal, in einer Scheidungsklage, der Regierungsredner Staatsrath Bigot-Préameneu in seinem dem Gesetzgebenden Körper entwickelten Exposé des motifs über den Verjährungstitel (Locré, Motifs, VII, 162, 171) in dem Beginn einer Verjährungsfrist nach einem Gesetze das „erworbene Recht“ suchte, sie nach demselben Gesetze zu Ende zu führen. („Il faut éviter l'effet rétroactif. — Il suffit qu'un droit *éventuel* soit attaché à la prescription commencée pour que ce droit doive dépendre de l'ancienne loi“, Aeußerungen, für die er von Merlin und Troplong, a. a. O., auf das härteste zur Rede gesetzt wird.)

[3] Wir verwahren uns übrigens gegen die aus Aeußerungen wie die obige etwa zu folgernde Meinung, als wären wir mit den Ansichten der französischen Jurisprudenz grundsätzlich einverstanden. Es gilt vielmehr von der französischen

in manchen Stücken weit hinter sich zurückläßt. Um diesen zwischen 1803 und 1814 in der preußischen Legislation eingetretenen Fortschritt darzuthun, reicht es hin, das preußische Publicationspatent vom 24. März 1803 für das Fürstenthum Eichsfeld, Mühlhausen, Nordhausen u. s. w. mit den in den Jahren 1814 und 1816 erlassenen Publicationspatenten in einigen Stücken zu vergleichen. So heißt es in den §§. 5 und 6 des Publicationspatents von 1803[1]: wie alle älteren Verträge „in Ansehung ihrer Form und ihres Inhalts" — „ebenso müssen alle Testamente und alle letztwillige Verordnungen, welche vor dem 1. Juni 1804 errichtet sind, durchgehends nach den Vorschriften der ältern Gesetze beurtheilt werden, wenngleich das Ableben des Erblassers erst später erfolgt sein sollte".

Hiernach waren also die Testamente nicht nur in Bezug auf ihre Form, sondern, wie Bergmann (siehe oben S. 21) will, auch in Bezug auf die Gültigkeit ihres Inhalts gegen die Anwendbarkeit der neuen landrechtlichen Bestimmungen über Testirfähigkeit, Fähigkeit der Honorirten und Pflichttheil trotz der noch nicht erfolgten Delation der Erbschaft geschützt. Es waren bloße Erwartungen wie erworbene Rechte behandelt. Dagegen heißt es im §. 6 des preußischen Publicationspatents vom 9. Sept. 1814 (für die Altmark, Herzogthum Magdeburg u. s. w.) ausdrücklich, daß die bestehenden Testamente nur „in Rücksicht ihrer Form" nach den ältern Gesetzen zu beurtheilen seien, und in den Publicationspatenten von 1816 wird noch zum Ueberfluß besonders hinzugesetzt, daß der Inhalt der Testamente nur gültig sei, „insofern nicht Prohibitivgesetze zur Zeit des Erbanfalls ihm entgegenstehen. In letzterer Rücksicht ist insbesondere die Lehre von der Erbfähigkeit der instituirten Erben und vom Pflichttheil nach den zur Zeit des Erbanfalls geltenden Gesetzen zu beurtheilen".

Ebenso wird in dem Publicationspatent von 1803 in §. 8 verordnet[2], daß auch die „Grundsätze wegen Trennung der Ehe" — die doch zum persönlichen Eherecht gehört —, nach den Gesetzen zur Zeit der Eheschließung zu beurtheilen seien. Im §. 9 des Patents von 1814 — und ebenso in allen spätern Publicationspatenten — wird dagegen bestimmt, daß in Bezug auf die Scheidung die Bestimmungen des neuen Landrechts platzgreifen sollen.

Ansicht über die Nichtrückwirkung ebenso sehr wie von der Savigny's, daß sie sowol zu weit als zu eng ist, wie sich dies im positiven Theile herausstellen wird.

[1] Vgl. §. XII des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794 bei der Einführung des Allg. Landrechts.

[2] Entsprechend dem §. XIV des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794 zum Allg. Landrecht.

In §. 10 des Patents von 1814 wird verfügt, daß vom Tage der Gesetzeskraft des Landrechts ab der nach den Bestimmungen desselben dem Vater zustehende Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder eintreten, der der Mutter aber nach Maßgabe dieser Bestimmungen fortfallen sollte. In dem Patent von 1803 dagegen[1] fehlt jede solche specielle Vorschrift, und durch die allgemeine Verfügung des §. 4 daselbst war das Gegentheil darüber entschieden.[2] Ebenso wird in §. 11 des Patents von 1814 bestimmt, daß auch die früher geborenen unehelichen Kinder von dem Tage der Geltung des Allg. Landrechts ab mit den in diesem unehelichen Kindern beigelegten Rechten befaßt sein sollten. In dem ältern Patent von 1803 fehlt jede solche Ausnahme, und nach der in §. 4 daselbst gegebenen Regel war das Gegentheil festgestellt.[3]

In Bezug auf die erlaubte Höhe der Zinsen ist in §. 14 des Patents von 1814 verordnet, daß die Bestimmungen des Allg. Landrechts hierüber vom Tage seiner Gesetzeskraft ab dergestalt eintreten sollen, „daß, wenn in einem frühern Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze verstatten, von dem Tage der Wirksamkeit des letztern der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigen Zinsen verpflichtet ist". In dem ältern Patent fehlt diese Bestimmung, und da vielmehr in demselben in §. 5 (entsprechend dem §. XI des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794) ohne jede Ausnahme bestimmt ist, alle Verträge müssen „in Ansehung ihrer Form und ihres Inhalts sowie auch der daraus entstehenden rechtlichen Folgen nach den Gesetzen zur Zeit des geschlossenen Contracts beurtheilt werden, wenngleich erst später daraus auf Erfüllung, Aufhebung oder Leistung des Inter-

---

[1] Und ebenso im Publicationspatent vom 5. Febr. 1794.

[2] Denn im §. 4 heißt es (entsprechend dem §. VIII im Publicationspatent vom 5. Febr. 1794): „Auch soll ein jeder, welcher zur Zeit der Publication des Allg. Landrechts in einem nach bisherigen Rechten gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgendeiner Sache oder eines Rechts sich befindet, gegen jedermann geschützt und niemand in dem Genusse seiner wohlerworbenen Gerechtsame unter irgendeinem aus dem Allg. Landrecht entlehnten Vorwande gestört oder beeinträchtigt werden."

[3] Denn es heißt daselbst (entsprechend dem §. VIII des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794): „Auf die schon früher vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten soll das Allg. Landrecht nicht angewendet, sondern dabei nach den §§. 14—20 der Einleitung vorgeschriebenen Grundsätzen verfahren werden." In diesen findet sich aber hierüber nur in §. 14 die Wiederholung, daß neue Gesetze auf frühere Handlungen und Begebenheiten nicht anzuwenden sind, und in §. 19 die Bestimmung: „Insofern aus einer verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden."

esse geklagt würde", so war hierdurch wieder das Gegentheil festgesetzt.[1]

Ebenso wird in §. 15 des Patents von 1814 in Bezug auf die Vorzugsrechte von Gläubigern ein Unterschied gemacht und gesagt, daß, wenn es auf eine bloße Classification (also auf eine aus dem Gesetz selbst herrührende Bevorzugung) der Forderungen mehrerer Gläubiger ankommt, in Fällen des spätern Streits die preußischen Gesetze, ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze, maßgebend sein sollten. Bei wirklichen Pfandrechten (und ebenso bei gesetzlichen Hypotheken) müßten dagegen die Gläubiger in ihren ältern Rechten geschützt werden.

In den ältern Patenten findet sich dagegen eine solche Unterscheidung nicht, und mußten die Gläubiger nach den allgemeinen Vorschriften derselben bei den Vorzugsrechten ihrer Forderungen nach den Gesetzen zur Zeit ihrer Entstehung geschützt[2] werden.

Wir bemerken noch, daß alle angeführten Punkte des Patents von 1814 sich ganz ebenso in allen spätern Publicationspatenten von 1816 wiederfinden, dasselbe also durchaus keine Singularität darstellt.

Was sich bei dieser Vergleichung offenbar ergibt, ist zunächst zweierlei. Ein gänzlicher Stillstand der gesetzgeberischen Ansichten über unsere Materie in den zehn Jahren von 1794—1804, und dagegen ein sehr lebhafter Umschwung dieser Ansichten, und zwar ein mindestens in den allermeisten Fällen höchst erfreulich zu nennender Fortschritt derselben, in den andern zehn Jahren von 1804—14, ein Fortschritt, welcher sich bei uns also gerade genau in derselben Periode vollbrachte, in welcher in Frankreich der oben angedeutete relative Rückschritt der kaiserlichen Gesetzgebung stattfand.

Fragt man nun nach den Ursachen dieses in Preußen zwischen 1804 und 1814 eingetretenen so bedeutenden und mit dem frühern Stillstand so lebhaft contrastirenden Fortschritts, so ist es unmöglich, etwas anderes als Ursache hierfür anzunehmen, als die gerade in jener Periode zu uns erfolgte Verbreitung der Ideen der Französischen Revolution.

In der deutschen Rechtswissenschaft lag der Grund gewiß nicht.

---

[1] In der That verwerfen Savigny und fast alle seine Nachfolger ein solches sofortiges Eingreifen der Zinsgesetze als eine unerlaubte Rückwirkung, aber mit großem Unrecht, wie sich uns an seinem Ort ergeben wird.

[2] Was in Bezug hierauf wahrhaft anzunehmen ist, darüber später. — Endlich enthält das Patent von 1814 in §. 14 noch die Bestimmung: „Die Volljährigkeit tritt in Absicht aller derjenigen Personen, welche solche vor dem 1. Jan. 1815 nach den bisherigen Gesetzen noch nicht erreicht haben, erst mit dem vollendeten vierundzwanzigsten Jahre ein."

Denn an Weber etwa zu denken, dessen Werk in der Zwischenzeit erschien („Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze", Hannover 1811), ist theils aus mehrfachen Gründen nicht möglich, theils steht er selbst in dem, was er Richtiges hat, hauptsächlich unter dem von ihm keineswegs verhehlten Einfluß der französischen Ideen, während noch das 1812 erschienene Werk von von Herrestorff („Ueber die zurückwirkende Kraft der Gesetze", Düsseldorf 1812) in der unzulässigsten Ausdehnung alle jene frühern doctrinellen Grundsätze vertritt, welche gerade durch die Patente von 1814 u. s. w. verworfen wurden.

Es zeigt sich aber auch noch durch zwei andere Umstände evident, daß die deutsche Rechtsdoctrin an jenem Fortschritt ganz unschuldig ist, und er nur der Einwirkung der französischen Revolutionsideen auf die gesetzgeberischen Ansichten in Deutschland beigemessen werden kann. Denn schon der 1809 in Karlsruhe mit Zusätzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden publicirte Code Napoléon huldigt in diesen Zusätzen bereits, wie wir dies später gelegentlich sehen werden, im allgemeinen den Grundsätzen der preußischen Patente von 1814 u. s. w., wenn er auch in vielen Punkten noch hinter ihnen zurückbleibt. Und vor 1809 war in Deutschland keine Schrift seit 1748 über diesen Gegenstand erschienen, mit Ausnahme einer unbedeutenden Dissertation von Lorenz, De obligatione legis in praeteritum (Leipzig 1770). — Wie der literarhistorische Nachweis, so läßt auch die Art des gemachten Fortschritts gar keinen Zweifel über seinen Ursprung. Betrachtet man nämlich den Unterschied in den Patenten von 1804 und 1814, so besteht derselbe in den Ansichten über den Personenzustand und die aus ihm fließenden vermögensrechtlichen Accessorien, über das persönliche Eherecht, den Nichtschutz bloßer Erwartungen, die prohibitive Einwirkung neuer Zinsfußgesetze auf bestehende Verträge u. s. w., und sucht man nach einer gemeinschaftlichen Quelle dieser geänderten Bestimmungen, so ist dieselbe in ihrem allgemeinsten Ausdruck in nichts anderm zu erblicken, als in einer strengern Auffassung des Staatsbegriffs, eine Quelle, aus welcher alle in diesem Jahrhundert gemachten Fortschritte stammen und weiter stammen werden, so sehr ihnen auch vermeintliche Freunde der Freiheit durch Auflockerung des streng sittlichen Staatsbegriffs in individuelle Privatwillkür entgegenarbeiten.

Wenn die gesetzgeberischen Auffassungen solchen von den Richtungen des politischen Geistes bestimmten Schwankungen unterliegen, so wird man vielleicht glauben, wenigstens nach einmal gegebenem Gesetz in der Privatrechtspflege den Hafen gefunden zu haben, innerhalb dessen die Strömungen des Tages auf unsern Gegenstand ohne Einfluß sind. Allein dies ist ebenso wenig der Fall und kann auch nur in der Meinung derer der Fall sein, welche — und freilich gehören hierzu, soll man sagen

glücklicher- oder unglücklicherweise? fast alle Justiciabeln — die Privatrechtspflege für ein apartes Himmelreich halten, in das der Sturm und die Leidenschaften des politischen Lebens nicht einzudringen vermögen.

In der That aber könnte man wie in der Gesetzgebung so auch in der Jurisprudenz eine nicht weniger deutlich politisch bewegte Geschichte des Nichtrückwirkungsgrundsatzes nachweisen, die sich der gerade herrschenden Tendenz um so enger anschließt, als die Tribunale wie von dem Geist der Gesetzgebung, so besonders auch von dem Wirbel der politischen Strömung, die alles im Luftkreise Befindliche gleichmäßig zu erfassen pflegt, mit fortgerissen werden.[1]

Um so zeitgemäßer möchte daher gerade im Hinblick auf diese Schwankungen der ab- und zufließenden Wellen und ihren wiederkehrenden Strudel der Versuch für die Wissenschaft erscheinen, mit fester Hand die unzerbrechlichen Grenzlinien des Begriffs zu ziehen, welche, wenn sie sich wahr-

---

[1] Einige Monate nachdem das Obige niedergeschrieben wurde, erklärte der Vicepräsident des königlichen Obertribunals, Herr von Götze, in der Sitzung des preußischen Herrenhauses vom 24. März 1860 dem Justizminister gegenüber, welcher sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf ein vom Obertribunal erlassenes civilrechtliches Urtheil bezog, Folgendes: „Dies Urtel ist so ergangen, ich muß aber darauf aufmerksam machen, daß es aus dem Jahre 1851 herrührt. Die Rechtserschütterungen, die in den Jahren 1848, 1849 und 1850 durch das Land gingen, waren allerdings geeignet, die Jurisprudenz in Verlegenheit zu bringen, und sie brauchte einige Zeit, um sich zu orientiren. Aus dieser Zeit ist das Urtel; aber ich berufe mich auf das, was der Herr Referent angeführt und was der Herr Justizminister ausführlich im vorigen Jahre dargelegt hat, daß demnächst das Obertribunal in seinen Urteln jene Ansicht vollständig verlassen und die entgegengesetzte constant aufrecht erhalten hat." Der Staatsminister und Chefpräsident des Obertribunals, Herr Uhden, erklärte, unmittelbar hierauf das Wort ergreifend, daß in Bezug auf jenes Erkenntniß bereits sein Vorredner „das Erforderliche (!!) gesagt habe". (Stenograph. Ber., S. 280.) Es ist für uns überflüssig und nicht hier der Ort, mit den Herren Götze und Uhden darüber zu rechten, ob jenes Urtheil vom Jahre 1851 ein Product der revolutionären Strömung oder vielmehr das Abgehen von der in diesem Urtheil entwickelten Rechtsansicht und die „constante" Annahme der entgegengesetzten ein Product der reactionären Strömung war, die allerdings erst seit dem Jahre 1851 ihren fanatischsten Höhepunkt erreichte. Ohnehin wird die Wahl zwischen diesen beiden Annahmen keinem mit einigem Menschenverstande Begabten schwer fallen, zumal wenn er berücksichtigt, daß jenes erste Urtel aus dem Jahre 1851 herrührt, in welchem keinerlei revolutionäre Strömung mehr den Puls des Volks durchzitterte, angenommen selbst, daß dieser in sympathischer Erregung bis in das Obertribunal hineinschlagen könne. Für uns reicht hin, daß Vicepräsident und Chefpräsident des Obertribunals hier jedenfalls die, gleichviel nach welcher Seite hin, im königlichen Obertribunal, dem obersten Gerichtshofe der Monarchie, herrschende Corruption des Rechts durch politische Einflüsse mit dürren Worten selbst constatiren.

haft als solche erweisen, dazu dienen würden, nach rechts wie links die Ausschreitungen zu beseitigen. Gerade weil sich bisher die Wissenschaft über diese Grenzen nicht verständigen konnte, gerade weil der Begriff der Nichtrückwirkung bald zu eng, bald besonders zu weit gefaßt und es deshalb häufig unerläßlich wurde, Abweichungen von demselben zuzulassen, so konnte nun, waren einmal solche Abweichungen erst überhaupt zulässig, um so weniger in dem Mehr oder Minder derselben eine sichere Scheidewand gegen willkürliche Ausschweifungen gezogen werden. Die hohe Wichtigkeit einer solchen Aufgabe aber bedarf, um recht gewürdigt zu werden, nur einer kurzen Andeutung. Der inhaltliche Gedanke unsers Themas ist, in seiner höchsten und allgemeinsten Auffassung, kein anderer, als der Gedanke der — aus der Rechtsidee selbst hervorfließenden und ihr entsprechenden — *Hinüberführung eines alten Rechtszustandes in einen neuen!* Gelänge es also, eine anerkannte Lehre der Wissenschaft hierüber zu schaffen, so würde dieselbe mächtig dazu beitragen können, einerseits die Umgestaltungsarbeiten der Gegenwart zu erleichtern, andererseits den empörten schaumspritzenden Wogen das Ueberfluthen auf den von dem individuellen Willen durchfurchten Acker wahrhaft erworbener Rechte zu wehren. Die Grenzlinien des Begriffs sind dem Gotte Terminus nicht minder heilig als diejenigen der Aecker, und gelänge es, sie bloßzulegen, so möge dann von ihnen das Gesetz des Numa gelten:

„Sei quis terminom exarasit, ipsos boveisque sacrei sunto!“

II.

Die Theorie.

Et si l'on croyait que cet essai donne trop à l'esprit du système, à une théorie *abstraite* ou *métaphysique*, nous observerions que, selon nos *maîtres*, il n'existe pas de véritable *science*, qu'il n'y a que routine et préjugés, tout au plus *sens droit*, ou *tact heureux*, dans la tête des hommes qui n'ont ni système ni théorie. —

Recueil général des lois et des arrêts par *Sirey*, Tom. IX, Part. II, p. 277.

I. Der Begriff und seine Bewährung.

§. 1. Die Formel und der Begriff.

Wir wenden uns jetzt dazu, die Theorie der Rückwirkung der Gesetze, und mit ihr die Theorie der erworbenen Rechte, in positiver Weise zu entwickeln, indem wir sie in einige Grundsätze zusammendrängen, welche sämmtlich selbst wieder nur die nothwendige Folge des an die Spitze gestellten Begriffs sind, sodaß dieser es also ist, welcher durch die immanenten Folgerungen, zu denen er sich treibt, das die gesammte Materie beherrschende begriffliche Gesetz bildet.

Auf jeden dieser Grundsätze lassen wir seine theoretische Begründung folgen, welche also an und für sich seine Richtigkeit feststellen muß. Außerdem werden wir dieser theoretischen Begründung zugleich zur bessern Veranschaulichung des abstract Gesagten und seines Umfangs Beispiele hinzufügen und an diese oder jene Anerkennung in gesetzgeberischen Bestimmungen erinnern.

Diese Beispiele haben zunächst die angeführte Absicht der Verdeutlichung. Sie haben ferner den Zweck, im Verein mit dem bei der Anwendung der Lehre — im dritten Abschnitt — aufgeführten Stoff den juristisch empirischen Beweis für unsere Theorie darzustellen. Denn die geschlossene Durchführung der Theorie durch alle Gebiete des Rechts wie durch das Reich des empirischen Rechtsstoffs wird nicht umhin können, eine neue Probe für die Richtigkeit derselben und ihre letzte Sicherstellung zu bilden. Zugleich machen wir hier darauf aufmerksam, daß wir bei der Anwendung mehrere speciellere Folgesätze des theoretischen Theils entwickeln werden. Diese aber in die Reihe der theoretischen Grundsätze aufzunehmen, schien überflüssig, weil sie einerseits nur genaue Gedankenconsequenzen derselben darstellen und andererseits, nur auf spe-

cielle Rechtsgebiete sich erstreckend, bei den betreffenden Theilen der positiven Anwendung doch hätten wieder dargestellt werden müssen, sodaß sich hieraus nur lästige Wiederholungen und eine zu vermeidende und unübersichtliche Verwickelung des theoretischen Theils ergeben hätten.

Indem wir nun zu diesem übergehen, bemerken wir, daß wir nicht assertorisch verfahren.

Wir entwickeln nicht aus einer willkürlich aufgegriffenen Regel. Eine solche, selbst wenn sie an sich richtigen Inhalts wäre, müßte immer selbst wieder das Resultat von Voraussetzungen sein und somit allem Folgenden mindestens den Schein der Ungewißheit und Willkürlichkeit verleihen. Sie würde niemals den Erweis innerer Nothwendigkeit mit sich führen und somit immer zu wirklichem Irrthum mindestens leiten können. Sie würde endlich niemals, selbst wenn richtig, alles Richtige umschließen und aus sich abzuleiten vermögen.

Was vielmehr schlechterdings an die Spitze gestellt werden muß, und was wir in der That in dem ersten Gesetz, wie seine Begründung zeigt, an die Spitze gestellt haben, ist nichts anderes als der eigene Begriff der Nichtrückwirkung selbst. Aus ihm muß sich bewähren, was in dieser Materie gelten soll, und was aus ihm hervorgeht, ist mit Nothwendigkeit bekleidet. Wir bemerken noch, daß es keineswegs, wie vielleicht scheinen kann, gründlich oder auch nur richtig wäre, an die Spitze die Regel hinzustellen, daß das Geschehene nicht später ungeschehen gemacht werden solle. Savigny (VIII, 382) sagt, da dieses an sich unmöglich sei, so bedürfe es keiner Rechtsregel, um es zu verhindern. Indeß die Möglichkeit würde sich im rechtlichen Sinne und bis zu einem gewissen Grade nicht leugnen lassen. Der Grund ist vielmehr ein anderer. Das Ungeschehenmachen des Geschehenen gehört überhaupt nicht zu dem Begriff des Rückwirkens als solchem, sondern bildet den Begriff des Rückgängigmachens. Alle Tage werden geschehene Dinge rückgängig gemacht, ohne daß eine Rückwirkung darin läge, z. B. nach den Gesetzen zur Zeit der Stipulation unerlaubte oder anfechtbare Verkäufe. Umgekehrt kann eine Rückwirkung eintreten ohne jede Rückgängigmachung eines Thatsächlichen, wie z. B. wenn ein aus frühern Verhältnissen entspringendes Recht erst jetzt zur Ausübung kommen soll und hieran durch neue Gesetze gehindert wird. Die Rückgängigmachung ist also selbst nur unzulässig, insofern sie eine Rückwirkung in sich schließt. Soweit daher die Rückgängigmachung nicht mit der Rückwirkung zusammenfällt, hat sie mit unserer Materie überhaupt nichts zu thun. Und soweit sie mit dem Begriffe der Rückwirkung zusammenhängt, kann sich ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit erst aus diesem Begriffe ergeben, zu dessen Entwickelung wir jetzt übergehen:

a) Kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensactionen trifft.

b) Jedes Gesetz darf rückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenschiebung eines solchen freiwilligen Actes trifft; welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkürlichen, allgemein-menschlichen oder natürlichen oder von der Gesellschaft ihm übertragenen Qualitäten trifft, oder es nur dadurch trifft, daß es die Gesellschaft selbst in ihren organischen Institutionen ändert.

Dieses Princip ist das allein richtige, denn es bewährt sich aus dem Begriffe der Nichtrückwirkung selbst. Welches ist dieser Begriff? Gesetze stellen einen geistigen Inhalt, neue Gesetze einen neu erlangten und von der Gesellschaft sogar für obligatorisch erklärten Vernunftinhalt dar. Wie ein neuentzündetes Licht seine Helle auf alles, auch das vorher Dunkle verbreitet, so wirkt jede neuerlangte Intelligenz des Individuums auf alle noch so sehr vergangene Objecte der Beurtheilung zurück. Wenn es also schon bei der Intelligenz des Individuums der Fall ist und sein muß, daß es nach der präsenten Natur seines Bewußtseins auch das der Zeit nach noch so viel Frühere beurtheilt, warum sollte dies im Recht, warum sollte es gerade in Bezug auf die allgemeine Intelligenz der Gesellschaft, in Bezug auf den von ihr selbst sogar für obligatorisch erklärten Vernunftgehalt nicht der Fall sein, zumal ja in dem Begriffe des Gesetzes die Forderung der sofortigen und unmittelbaren Anwendung, der unbedingten, normbildenden Geltung für alles Bewußtsein liegt?

Die Rückwirkung könnte somit zunächst erscheinen als die ebenso natürliche wie nothwendige Folge der gegenwärtigen Natur des Denkens und Bewußtseins, vor dessen geistigen Strahlen kein Gegenstand sich verschließen oder das Recht beanspruchen kann, sich in seinem frühern Lichte und seiner vorigen Gestalt gegen es zu behaupten.[1]

Man hat sich niemals bei der Behandlung dieser Materie den Begriff der Rückwirkung zur Klarheit gebracht, und davon waren dann die bei der positiven Behandlung entspringenden Irrthümer die unvermeidliche Folge.

Der Begriff der Rückwirkung ist nämlich kein anderer als der — eines Eingriffs in die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit des Menschen.

[1] Und dies ist so wahr, daß deshalb, wie wir sehr bald zeigen werden, die bei weitem längste Periode der Menschheits- und Rechtsgeschichte unter der vollständigen und als ganz natürlich betrachteten Herrschaft des Rückwirkungsprincips stand. Der Nichtrückwirkungsgedanke ist erst ein spätes Product des historischen Geistes.

Nur darum ist Rückwirkung unstatthaft. — In der Gesellschaft ist und soll der Mensch frei sein; selbst noch der Verbrecher wird in und bei der Strafe als ein freies und freiwilliges Wesen betrachtet, denn er wußte, welche Strafe auf sein Verbrechen gesetzt war, und wenn er dasselbe dennoch beging, so hat er freiwählend sich diesen ihm bekannten Folgen unterworfen. Weiß er die Bedeutung und Folgen seiner That nicht, so spricht ihn das Gesetz selbst als unzurechnungsfähig frei. Die Rückwirkung darf also nicht stattfinden, weil sonst das Individuum dem Gesetzgeber und Richter sagen kann: Hätte das Gesetz damals auf meine That diese Folgen gesetzt, so hätte ich die That nicht begangen; denn ich war frei, sie zu lassen und zu thun. Verurtheilt man ihn trotz dieses Einwandes, so kann man ihm diese Verurtheilung nicht mehr als Folge seines freien Wählens, seines freibewußten Willens hinstellen, sondern es ist ihm eine hinterlistige und positive Gewalt angethan worden. Durchaus ebenso verhält es sich im Privatrecht. Denn dieses ist überhaupt nichts anderes, als die Realisation der Willensfreiheit des Individuums. Wird also durch ein späteres Gesetz rückwirkend die freiwillige Handlung eines Individuums getroffen, so ist ihm sein Wille entstellt und in einen andern umgewandelt worden, weshalb ein französischer Rechtslehrer (Toullier) mit einem glücklich gewählten Ausdruck die Retroactivität eine „den Individuen vom Gesetzgeber gestellte Falle" (un piége tendu aux individus par le législateur) nennen kann. So weit auch die Macht des Gesetzgebers reichen mag, so weit reicht sie niemals, zu bewirken, daß ein Individuum etwas anderes wollte, als es gewollt hat. Ein solches rückwirkendes Gesetz bringt also ex post hervor, daß das Individuum ein anderes gewollt und ein anderes gethan[1] hat, d. h. es thut dem Individuum Gewalt an und verstößt somit von Grund aus gegen den Begriff des gesammten Rechts, der nur darin besteht, gerade die Realisation der Willensfreiheit zu sein. Ein solches Gesetz ist daher kein Gesetz, denn es ist das absolute Unrecht, die Aufhebung des Rechtsbegriffs überhaupt. Es ergibt sich hier auf das deutlichste die so oft behauptete und dann wieder mit Unrecht geleugnete naturrechtliche Gültigkeit des Nichtrückwirkungsgrundsatzes und dessen, was aus ihm folgt. Ein rückwirkendes Gesetz hebt das Wollen des Individuums auf. Der Wille ist aber eine naturrechtliche Fähigkeit, und das positive Recht vielmehr nur die gesicherte Sphäre und das gegliederte Reich seiner freien

[1] Diese Entstellung ist es, welche durch das *calumniare* treffend bezeichnet wird in dem Gesetz des Anastas, s. oben S. 7; vgl. im Codex Theodosianus die L. 3 de constit. princ.: Omnia constituta *non praeteritis calumniam faciunt*, sed futuris regulam imponunt, und Jac. Gothofred. in h. l.

Ausführung. Ebenso aber wie der freie Wille wird auch das Wissen und Denken des Individuums durch ein solches Gesetz geleugnet und aufgehoben. Hegel (Rechtsphilosophie, S. 33) sagt bereits sehr richtig: „Was den Zusammenhang des Willens mit dem Denken betrifft, so ist darüber Folgendes zu bemerken. Der Geist ist das Denken überhaupt, und der Mensch unterscheidet sich vom Thiere durch das Denken. Aber man muß sich nicht vorstellen, daß der Mensch einerseits denkend, andererseits wollend sei, und daß er in der einen Tasche das Denken, in der andern das Wollen habe, denn dies wäre eine leere Vorstellung. Der Unterschied zwischen Denken und Willen ist nur der zwischen dem theoretischen und praktischen Verhalten, aber es sind nicht etwa zwei Vermögen, sondern der Wille ist eine besondere Weise des Denkens: das Denken als sich übersetzend ins Dasein, als Trieb, sich Dasein zu geben. — Das Theoretische ist wesentlich im Praktischen enthalten; es geht gegen die Vorstellung, daß beide getrennt sind, denn man kann keinen Willen haben ohne Intelligenz. Im Gegentheil, der Wille bestimmt sich, diese Bestimmung ist zunächst ein Inneres; was ich will, stelle ich mir vor. — Diese Unterschiede sind also untrennbar, sie sind Eines und Dasselbe, und in jeder Thätigkeit, sowol des Denkens als Wollens, finden sich beide Momente."

Weil also das Gewollte nothwendig ein Gedachtes voraussetzt, das Wollen auf einem Denken beruht, so wird durch ein rückwirkendes Gesetz auch das Denken und Wissen des Individuums gewaltsam denaturirt und in ein anderes umgewandelt. Die freieste Selbstbestimmung, das nur in der eigensten Spontaneität des Individuums beruhende Denken und Wollen, somit der Geist selbst, wird durch die Rückwirkung als eine passive und von außen bestimmbare willenlose Sache gesetzt, und als solche behandelt. Dies ist aber, wie bereits bemerkt, das absolute Unrecht, und darum kann Benjamin Constant und die französische Déclaration des droits (s. oben S. 3 und 5) mit Recht ausrufen, die Rückwirkung des Gesetzes sei ein Verbrechen. Justinian hebt daher mehrmals sehr richtig in den Aeußerungen über die Rückwirkung, mit denen er so viele seiner Gesetze begleitet, das derselben entgegenstehende Moment des mit dem Wollen identischen Wissens oder Denkens hervor. So z. B. „Illis (legibus) enim credentes et ita contrahentes nullus culpabit, quare non futurum *sciverunt*" [1], oder es könne nicht verlangt werden, „ut in monasterio illa faciant quae prius *ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt".[2]

---

[1] Nov. 22, cap. 1 de nuptiis.

[2] Nov. 76, cap. 5.

Da nun die Freiheit des Denkens und Wollens unantastbare Grundbestimmungen sind, auf denen alles Recht überhaupt beruht, und durchaus da nicht mehr von Recht die Rede sein kann, wo vielmehr die Rechtsidee selbst und in ihrer Wurzel aufgehoben wird, so ergibt sich hieraus mit Gewißheit, daß es durchaus nicht in der rechtlichen Befugniß des Gesetzgebers stehen kann, eine solche Rückwirkung eintreten zu lassen, und daß seine Absicht, wie deutlich und in wie starken Worten sie ausgesprochen sei, hierin nichts zu ändern vermag.[1] Dies ist der Sinn, in welchem die früher bezogenen Constitutionen (s. oben S. 6 fg.) den Grundsatz der Nichtrückwirkung sicher stellen. Doch bedarf es keiner Constitution, um zu wissen, daß es keinem Gesetzgeber zusteht — es muß an diesen Ausdruck erinnert werden, weil er allein den bestimmten Begriff des Gegenstandes in sich enthält — die menschliche Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit aufzuheben und den Geist als Sache zu setzen.[2]

---

[1] Auf das stärkste drückt dies Mirabeau in seinem Ausruf in der Sitzung der Constituante vom 21. November 1790 aus: „*Nulle puissance humaine ni surhumaine* ne peut légitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi."

[2] Mindestens würden wir den Richter bedauern, der dies erst aus einer Staatsconstitution statt aus den Constitutionen des Rechts lernen müßte und der daher Bedenken trüge, selbst einem unzweifelhaft rückwirkenden Gesetze, z. B. einem solchen, welches früher gültige Verträge wegen späterer Formvorschriften vernichten oder frühere Handlungen bestrafen will u. s. w., die Anwendung zu versagen. Jedenfalls müßte er in das Urtheil setzen „von Gewalts wegen" statt „von Rechts wegen". Es gilt hier auf das stärkste, was Donellus, Comment. Juris civ., lib. I, c. XII (p. 45 ed. Hanoviae 1612), über die Verletzung des jus naturale überhaupt sagt: „Ac quae hinc jura sint (nämlich naturalia) si quis mutare conetur jure civili, nihil aliud efficiat, nisi ut jus quod statuit, sic adversus rectam rationem, id est, injustum et iniquum, ut omne jus naturale est aequum et bonum. *Nihil autem jus quod sit iniquum.*" Bartolus, der größte Rechtsgelehrte des 14. Jahrhunderts, den seine bewundernden Zeitgenossen lucerna oder fax juris, dux jurisconsultorum etc. nannten, spricht sich, bestimmter und näher auf unsere Materie eingehend, darüber aus, Comment. ad lib. I. ff. ad L. 9 omnes populi, No. 24 (fol. 30, ed. Basil. 1589). Er stellt die freilich nicht scharf genug begrenzte Behauptung auf, daß, wenn eine gesetzliche Verfügung das jus naturale nicht blos modificire, sondern geradezu aufhebe (tollendo in totum), es keine Gültigkeit habe, und geht dann zu Beispielen über (No. 24, fol. 32). „Dicit statutum quod qui per 10 annos debitum suum non petierit, cadat a jure suo. Certe statutum non valet, quia *nec lex Imperialis quae hoc diceret valeret.* Sed si statutum diceret, quod contractus seu instrumentum fictitium praesumat, tunc valeret." Und im Verlauf kommt er ausdrücklich auf die Frage, ob unter demselben Gesichtspunkt ein Statut auch auf das Vergangene bezogen werden könne. Hier unterscheidet er zunächst, ob das Statut die Beziehung ad praeterita ausdrücklich verordne, oder das Gegentheil verordne, oder ganz

Es folgt jedoch aus der angegebenen Begriffsbestimmung von selbst, daß das Individuum diesen Einwand stets nur *da* erheben kann, wo es eine *freiwillige Handlung*, eine *individuelle Willensaction* ist, welche durch ein späteres Gesetz vernichtet oder entstellt werden soll (s. hierbei §. 2).

Rechte dagegen, mit welchen das Gesetz als solches, *ohne* Vermittelung des individuellen Willens, das Individuum befaßt, sind nichts als allgemeine Qualitäten und Befugnisse, die nur auf Grund des sie verleihenden Gesetzes *da sind* und also mit ihm *fließen und verschwinden*.

Das Gesetz ist der Ausdruck des Rechtsbewußtseins des ganzen Volkes. Alles gesetzliche Recht als solches — alles *Sein* des Individuums — ist somit nur eine durch den in stetem Wandel begriffenen allgemeinen Geist gesetzte Bestimmtheit, sodaß jede neue aus ihm fließende Bestimmtheit das Individuum unverzüglich mit demselben Rechte ergreift,

---

hierüber schweige. Und nun, gerade den ersten Fall der ausdrücklich vom Gesetz verhängten Rückwirkung untersuchend, sagt er: „Circa primum videtur quod talis adjectio, sc. quod habeat locum in praeteritis, valeat. — Econtra, quod non valeat ... *Distingue*: Aut quaeris de praeteritis decisis seu finitis, et ad praedicta statutum novum bene potest porrigi confirmando ... sed infirmando vel aliter disponendo ad praedicta *non porrigitur*, *etiamsi expresse caveretur*. Aut sunt negotia praeterita pendentia ... et *ad ea non porrigunt etiamsi expresse caveatur*." Man sieht, die alten großen Doctoren des Römischen Rechts im Mittelalter, wie große Servilität man ihnen auch in der Regel vorzuwerfen pflegt und vorwerfen kann, sind sich hierüber in thesi nicht zweifelhaft gewesen, und es stellt einen unerfreulichen Rückschritt des Rechtssinns gegen das Mittelalter dar, wenn unsere modernen Autoren fast allgemein — von Savigny sogar im Widerspruch mit dem principiellen Gehalt seiner eigenen Theorie — alles in dieser Materie von der beliebigen Absicht des Gesetzgebers abhängen lassen.

Die Franzosen sind darin von einer größern Unabhängkeit der Rechtsgesinnung geblieben. Die Ansicht Mirabeau's ist soeben, diejenige von Berriard St.-Prix, Benjamin Constant u. a. oben S. 3 fg. angeführt worden. Merlin sagt (Répert. de Jurisp., v°; Eff. rétroact., Sect. III, §. II, art. 1) darüber bei Gelegenheit der Erörterung über die einmal erworbene Indigenatseigenschaft: „Le législateur *ne pourrait pas la détruire expressément* quand il serait possible, qu'il fût assez insensé *pour le vouloir*", obgleich er sich an andern Stellen im entgegengesetzten Sinne ausdrückt.

Unserer Ansicht hierüber zu sein und auch mit der im Text gegebenen Begründung derselben übereinzustimmen scheint *Böcking* in den Worten (Pandekten des röm. Privatrechts, I, 317): „Sehr übel bezeichnen die Neuern diesen Grundsatz (der Nichtrückwirkung) als eine bloße Regel und stellen als Ausnahmen hin, was nur Anwendungen derselben sind. So *soll* das Gesetz rückwirkende Kraft haben, «wenn es sich selbst solche beilege»; ein solches Gesetz wäre *absolutes Unrecht*."

mit welchem es von der frühern befaßt wurde. Fest kann für das Individuum nur sein, was es sich aus diesem Strome durch sein eigenes Thun und Wollen in rechtmäßiger Weise einmal abgeleitet, was es verseinigt hat! Jedes Gesetz also, welches nicht frühere individuelle Willensactionen trifft, und insoweit es diese nicht trifft, muß seiner Natur nach augenblicklich eingreifen. Es ergibt sich aber schon hier, daß dabei von einer Rückwirkung gar nicht die Rede sein kann. Denn eine solche würde blos vorliegen, wo auf Früheres vor der Zeit des Gesetzes ein Einfluß ausgeübt werden soll. Wenn aber alle frühern Willensactionen unberührt bleiben, so stellt das sofortige Platzgreifen des Gesetzes auf die Rechte des Individuums von selbst nur ein augenblickliches Einwirken — welches in der Natur und Bestimmung des Gesetzes liegt — kein Rückwirken dar.

Vergleicht man das Gesagte mit der bekannten Formel, daß erworbene Rechte von neuen Gesetzen unberührt bleiben müssen, so ergibt sich, daß diese Formel nur dann richtig ist, wenn man unter erworbenen Rechten schlechthin nur solche versteht, die durch individuelle Willensactionen erworben worden sind. Oder es ergibt sich hier, mit dem Vorigen gänzlich zusammenfallend, als der Begriff der erworbenen Rechte, daß nur solche Rechte erworben sind, welche durch eine individuelle Willenshandlung des Individuums mit ihm vermittelt und von ihm verseinigt worden sind. Dieser Begriff enthält an sich die ganze Theorie der erworbenen Rechte in sich; aber nur an sich; denn seinen versteckten Umfang — versteckt durch den täuschenden Schein des Sinnlichen — kann er erst im §. 2, und seine ebenso durch den sinnlichen Schein versteckten begrifflichen Grenzen erst in den §§. 6 und 7 fg. entfalten und somit erst durch beides sich zur Theorie und zum System der erworbenen Rechte vollenden.

Einstweilen bestätigt übrigens schon der Sprachgebrauch, daß die Formel: „erworbene Rechte müssen von neuen Gesetzen unberührt bleiben", für die Richtigkeit des von uns entwickelten Begriffs der Nichtrückwirkung zeugt. Denn mindestens dem Sprachgebrauche nach wäre es nicht zweifelhaft, daß bei Rechten, welche dem Individuum durch die bloße Declaration des Gesetzes aufgedrückt sind, nicht von einem Erworbensein die Rede sein kann, welches stets eine individuelle Thätigkeit voraussetzt.

Wir haben gesagt, daß der Gedanke der Nichtrückwirkung auf nichts anderm beruht als lediglich auf dem Begriff der subjectiven Freiheit des Geistes.

Soll dies wahr sein, so muß sich sofort eine viele Jahrtausende umfassende empirische Gegenprobe dafür erbringen lassen.

Wer nämlich nur einigermaßen vertraut ist mit der Philosophie,

weiß aus ihr, daß Asien das Land ist, wo das Subject noch nicht vorhanden, d. h. das Princip der subjectiven Freiheit des Geistes noch nicht aufgegangen und zum Bewußtsein gekommen ist.

Beruht nun wirklich, wie wir behaupten, die Nichtrückwirkung lediglich in dem Begriff des Subjects und seiner Freiheit, so müßte hiernach, da derselbe in Asien noch nicht da ist, statt der uns als naturrechtlich erscheinenden Nichtrückwirkung, dort absolute Rückwirkung als die ebenso naturwüchsige wie unanstößige Regel des Rechts erscheinen und die gesammte Geschichte Asiens beherrschen.

So würde die aprioriſche Consequenzenmacherei des speculativen Gedankens lauten!

Sehen wir nun, wie sich dies empirisch verhält.

In dem Ta Tsing Leu Lee, dem gegenwärtig in China bestehenden allgemeinen Gesetzbuch, welches von der ganz neuen Mantschudynastie im 17. Jahrhundert publicirt wurde [1], heißt es in der über die allgemeinen Strafgesetze handelnden ersten Abtheilung des ersten Buches in der Sect. XLIII (p. 43 ed. Staunton), welche die Ueberschrift führt: Execution of New Laws, also: „All laws, characterized as, and intended to become fundamental, shall in general take effect and be in full force from the day on which they are published, *and every transaction* shall be adjudged according *to the most recent laws, although such transaction should have occurred previous to their promulgation.*"

Es wird hier also ganz allgemein und ausdrücklich für alle jetzigen und alle zukünftig zu erlassenden Gesetze, und zwar in einem Strafgesetzbuch [2], als Princip aufgestellt, daß immer nur die allerneuesten Gesetze anzuwenden seien, gleichviel — wie ausdrücklich hinzugefügt wird — ob die Handlung vor ihrer Verkündigung vorgefallen sei oder nicht.

Interessant ist hierbei, wie gerade in dieser ausdrücklichen Beantwortung hervortritt, wie der Reflexion des chinesischen Geistes der Unterschied und die Frage, die sich hierbei aufwerfen läßt, wol zum Bewußtsein gekommen ist. Es stimmt dies überein mit dem, was wir sonst über die Reflexionsbildung des chinesischen Geistes, durch welche er sich

---

[1] Ta Tsing Leu Lee, being the fundamental Laws and a selection from the supplementary statutes of the Penal Code of China, translated by Sir G. Th. Staunton (London 1810).

[2] Man weiß, daß überhaupt in China kein Unterschied zwischen dem Strafrecht und Civilrecht festgehalten wird. Alle civilrechtlichen Vorschriften sind ebenso gut wie Raub, Diebstahl u. s. w. mit Strafen (so und so viel Bambusschlägen u. s. w.) belegt.

in ganz Asien auszeichnet, wissen. Aber wenn die Frage seinem gebildeten Verstande zum Bewußtsein gekommen ist, so ist doch ihre Beantwortung seinem Geiste nicht zweifelhaft! Die Intelligenz der chinesischen Kaiser, der Gedanke in Asien überhaupt, ist eine solche, wie wir im Eingang sagten, sich neu ergießende Offenbarung, in deren Strahlen sich nun alles Existirende, und daher auch alle frühern Verhältnisse, als in dem ihm wahrhaft zukommenden Lichte aufzeigt und enthüllt.

Und soweit von rein thatsächlichen Verhältnissen die Rede ist — mit vollem Recht! Mit vollem Recht wird von dem chinesischen Gesetzbuch die Umänderung des Seienden als eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß die Gesetze vom Tage ihrer Verkündigung ab Kraft haben und also das Seiende und seine Beurtheilung normiren sollen, gedacht und ausgesprochen. Mit Unrecht pflegen unsere Juristen zu übersehen, wie dieser Grundsatz, der bei uns gewöhnlich (s. z. B. den Code civil) den ersten Artikel der Gesetzbücher bildet, in der That diese Folge haben muß, wie dieses Princip also, für sich allein genommen, alles ohne Ausnahme in dem Lichte der neuen Manifestation des allgemeinen Bewußtseins aufzeigen würde.[1]

[1] So entwickelt z. B. der neueste gemeinrechtliche Autor, der über diese Frage geschrieben, von Scheuerl (s. oben S. 23), das Princip der Nichtrückwirkung folgendermaßen: „Der Grund, auf welchem die Nothwendigkeit und Vernünftigkeit des Rechtsgrundsatzes beruht, daß neue Rechtsregeln keine rückwirkende Kraft haben, ist nach meiner Ansicht folgender. Jede Rechtsregel wirkt auf alle die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie ihrem Inhalte nach sich bezieht, durch ihr bloßes Dasein bestimmend ein, ohne daß es dazu der richterlichen Anwendung der Regel auf das Factum bedarf. Es ist nicht die Aufgabe des Richters, die factischen Verhältnisse nach der Rechtsregel zu gestalten, sondern nur zu erkennen und auszusprechen, wie sie kraft der Rechtsregel sich gestaltet haben." Und deswegen sei es gleichgültig, ob, wenn einmal „ein gewisses factisches Verhältniß unter dem Einflusse einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen", der Richter noch unter derselben Rechtsregel oder unter einer neuen andern darüber urtheile. Scheuerl übersieht, daß freilich niemand behaupten wird, es sei die Aufgabe des Richters, factische Verhältnisse nach der Rechtsregel zu gestalten, daß aber ganz so, wie er sagt, daß die Rechtsregeln „auf alle die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie sich nach ihrem Inhalt beziehen, durch ihr bloßes Dasein bestimmend einwirken", auch jedes neue Gesetz wieder bestimmend und umgestaltend einwirkt, daß zu dieser Umgestaltung des objectiven Daseins das neue Gesetz eben erlassen wird und dies eben die Bedeutung des Grundsatzes ist, das Gesetz tritt in Kraft vom Tage seiner Verkündung ab. Ist z. B. eine Ehe unter einem sie für unauflöslich erklärenden Gesetz geschlossen, so ist dies ein „factisches Verhältniß", welches „unter dem Einfluß einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen" hat. Nichtsdestoweniger wird dieses so gestaltete factische Verhältniß umgestaltet durch das neue Gesetz, welches Ehen für auflöslich erklärt und hierdurch dies als ihre wahre an und für sich seiende Natur allen gleichviel wann geschlossenen und bisjetzt unauflöslichen Ehen vindicirt.

Wenn in unsern Gesetzbüchern dann als zweiter Artikel derjenige der Nichtrückwirkung zu folgen pflegt, so ist dies ein den ersten einschränkender Ausfluß des im europäischen Geiste thätigen Begriffs des Subjects als des alleinigen Princips seines eigenen Wollens und Handelns und seiner als reines Sichselbstsetzen von allem objectiven Sein unabhängigen Natur. Indem dieser Begriff der freien Subjectivität und mit ihm der principielle Unterschied zwischen Sein und Handeln im asiatischen Geiste noch fehlt, kann es hier noch nicht zu dieser Einschränkung kommen, und der erste Grundsatz bleibt daher in seiner unbeschränkten, die Rückwirkung zum Princip erhebenden Wirksamkeit.

Nicht anders als in China verhält es sich in Indien. Zwar haben wir das so wichtige Werk von Colebrooke: A Digest of Hindu law etc. (London 1801)[1], nicht erlangen können, in welchem allein ganz positive Beweise hierfür — die bei der Natur asiatischer Gesetzgebungen überhaupt nur sehr schwer und selten zu eruiren sind — sich hätten finden können. Aber schon die Gesetze des Menu lassen darüber keinen Zweifel. Wenn sie z. B. bestimmen, daß der Zeuge in einem Schuldproceß, wenn er auch die Wahrheit gesagt hat, falls ihm im Laufe von sieben Tagen nach seiner Deposition eine Krankheit, eine Feuersbrunst oder der Tod eines Verwandten zustößt, die eingeklagte Schuld und außerdem noch eine Geldstrafe bezahlen soll[2], so haben wir hier eine wahrhafte Rückwirkung durch eine Thatsache, und es ist dann kein Grund abzusehen, warum nicht ebenso gut und noch besser die Thatsache eines neuen Gesetzes sollte rückwirken können. Oder wenn sie sagen, daß, wenn ein Zeuge in einem Civilproceß falsches Zeugniß abgelegt hat, ein Viertheil der durch das Urtheil begangenen Ungerechtigkeit zurückfällt auf den fal-

---

Und ganz besonders wird dies im Reiche des germanischen Geistes der Fall sein müssen, wo sich die Gesetze auch selbst auffassen, nicht als Zweckmäßigkeitsmaßregeln, um Nützlichkeit hervorzubringen, wie in jener Definition Plato's (S. 8), sondern als die Selbstrealisation des allgemeinen Bewußtseins, d. h. als die objective Manifestation der wahren und substantiellen Natur der geistigen Beziehungen. Das Gesetz soll für den germanischen Geist nicht mehr ein beliebiges Setzen von Rechten, sondern das Herausetzen und Anerkennen des an sich Wahren und Rechten, die enthüllte Natur der Sache sein. Die germanischen Gesetze fassen sich nicht mehr (wie dies sogar in der Form deutlich genug hervortritt) als Befehle wie die römischen, sondern wesentlich als Definitionen auf.

Man sieht, daß man bei einer so grundsätzlich falschen Erfassung des Begriffs der Nichtrückwirkung, wie bisher üblich, nothwendig in den Consequenzen theils in Widersprüche mit sich selbst, theils in die positivsten Irrthümer sich verlieren mußte. Hier wie überall gilt es: in generalibus latet error!

[1] Dasselbe ist auffälligerweise auch in der Königlichen Bibliothek zu Berlin nicht vorhanden.

[2] Menu, VIII, 108; p. 266 ed. Deslongchamps (Paris 1833).

schen Zeugen, ein Viertheil auf die Civilpartei, der das Zeugniß zugute gekommen, ein Viertheil auf alle Richter und ein Viertheil auf den König [1], — so spricht sich in alle diesem eine solche Abwesenheit einer jeden persönlichen Imputationstheorie aus, daß an der unbefangensten Gültigkeit, welche die Rückwirkung für den indischen Geist haben muß, gar nicht gezweifelt werden kann. Wie sollte dies aber auch anders sein? Der indische Geist unterscheidet ebenso wenig wie der asiatische Geist überhaupt Denken und Sein in seinem Begriffe, und es ist daher nur eine in der innersten Tiefe dieses Geistes begründete rechtliche Folgerung, daß er ebenso wenig zwischen Handlung und Zustand unterscheidet. Oder mit andern Worten und um an eine unsern Juristen geläufige Kategorie zu erinnern: wollte man aus dem tiefsten Innern des orientalischen Geistes heraus, aber unter Anwendung der bei unsern Juristen gebräuchlichen Bezeichnungen, eine Eintheilung der Gesetze geben, so würden, so paradox dies klingen mag, die Gesetze über die Handlungen zu den Gesetzen über den Personenzustand gehören! [2]

Ebenso positiv wie in China findet sich aber die Rückwirkung wieder bei demjenigen orientalischen Volke, welches sogar bereits den Uebergang zum abendländischen Geist bildet, bei den Juden. Bekanntlich waren bis zu Moses die Töchter von der Erbfolge — welche reine Intestaterbfolge war — auch beim Nichtvorhandensein von Söhnen ausgeschlossen. [3] Es succedirten dann die Brüder des Verstorbenen u. s. f. Nun stirbt Zelaphehad ohne Söhne, und infolge dessen war das Eigenthum an seiner Hinterlassenschaft an seine Brüder übergegangen. Da aber treten die Töchter Zelaphehad's auf und verlangen damit betheilt zu werden [4]: „Warum soll denn unsers Vaters Name unter seinem Geschlecht untergehen, ob er auch keinen Sohn hat? Gebt uns auch ein Gut unter unseres Vaters Brüdern." Nichts ist naiver und lehrreicher für unsern Zweck, als die Weise, in welcher die mosaischen Urkunden fortfahren:

---

[1] Menu, VIII, 18; p. 251.

[2] Wer sich dies recht klar machen will, braucht z. B. nur nachzulesen, was über die religiöse Imputation — und im Orient fallen überdies die religiöse und rechtliche Sphäre noch zusammen — bei Köppen, Die Religion des Buddha, I, 283—301 (Berlin 1857), angegeben ist, und es in seinen einfachsten Consequenzen zu überdenken.

Innerhalb der religiösen Sphäre hat dieser Gedanke übrigens noch in Europa seine Geschichte gehabt; denn es liegt auf der Hand, daß das Dogma des heil. Augustinus vom Zustand der Gnade und sein Kampf gegen die Lehre des Pelagius auf nichts anderm als auf der Fortwirkung jenes altasiatischen Gedankens von der Identität der Handlung und des Personenzustandes beruht.

[3] Siehe 1 B. Mos., Kap. 14, 15, und Michaelis, Mosaisches Recht, II, 59.

[4] 4 B. Mos., Kap. 4 fg.

„Mose brachte ihre Sache vor den Herrn. Und der Herr sprach zu ihm: Die Töchter Zelaphehad's haben recht geredet. Du sollst ihnen ein Erbgut unter ihres Vaters Brüdern geben und sollst ihres Vaters Erbe ihnen zuwenden. Und sage den Kindern Israel: Wenn jemand stirbt und hat nicht Söhne, so sollt ihr sein Erbe seiner Tochter zuwenden" u. s. w., worauf denn das neue Intestaterbfolgegesetz weiter entwickelt wird.

Der jüdische Gesetzgeber, Gott, beginnt also den Erlaß eines neuen Intestatgesetzes damit, daß er dasselbe auf einen bereits eingetretenen Fall anwendet und diese Anwendung als etwas ganz Selbstredendes und Ordnungsmäßiges ansieht. Zwar war das Erbe des Zelaphehad kraft des bestehenden Intestatrechts bereits zum rechtmäßig erworbenen Eigenthum der Agnaten geworden, zwar würde man das heute als grellste Verletzung des Eigenthums und als Eingriff in erworbene Rechte bezeichnen; allein das existirt nicht für den jüdischen Gesetzgeber. Die Töchter Zelaphehad's haben „recht geredet", d. h. diese Intestatfolge entspricht dem gegenwärtigen Bewußtsein und wird daher auch auf den schon eingetretenen Fall angewendet, ohne daß hier auch nur der geringste Zweifel über die Recht- und Regelmäßigkeit dieses als ganz selbstredend betrachteten Verfahrens ins Bewußtsein tritt.

Gott macht sich hier also, ohne auch nur eine Ahnung davon zu haben, einer flagranten Rückwirkung in Civilsachen schuldig!

Dafür war es aber auch noch ein orientalischer Gott, der noch keine Pandekten gehört und ebenso wenig an griechischer Kunst und Bildung sich geschult hatte; mit andern Worten: der Gott eines Volkes, welchem die Subjectivität des Geistes weder wie in Rom in der Rechtssubjectivität, noch wie in Hellas in der schönen Individualität zum Bewußtsein gekommen war, und für den daher auch die in der einmal ipso jure eingetretenen Erwerbung der Erbschaft liegende Handlung (s. §. 2 A.) von einem Verhältniß des objectiven Seins keinen Unterschied machen konnte.

Das griechische Volk ist dasjenige, in welchem der Begriff der Subjectivität des Geistes, d. h. der Freiheitsbegriff, daß der Geist subjectives Selbstbestimmen und Selbsthervorbringung sei, zum ersten mal in der Weltgeschichte und in seiner ersten Form auftritt. Und darum sehen wir in streng geschlossener Bestätigung unserer Entwickelung hier zum ersten mal, und hier bereits als eine begriffliche Nothwendigkeit den Gedanken der Nichtrückwirkung heimisch, wie ihn uns Plato oben (S. 8) ausgesprochen und wie wir ihn ebenso im hellenischen Rechte thätig finden.[1]

[1] Cf. Demosth. advers. Eubulid., IV, 1330, ed. Dindorf: „τοῖς χρόνοις τοίνυν οὕτω φαίνεται γεγονὼς ὥστε, εἰ καὶ κατὰ θάτερα ἀστὸς ἦν, εἶναι πολίτην

Zugleich haben wir aber auch in dieser Entwickelung an diesem Einen großartigen Beispiel ein anderes allgemeines Verhältniß hervortreten sehen, welches von zu hoher begrifflicher Wichtigkeit und von zu gewaltigen Consequenzen ist, als daß wir nicht hier seiner Hervorhebung wenn auch nur einige wenige Worte widmen sollten.

Wir meinen das wahrhafte Verhältniß des Naturrechts zum positiven oder historischen Recht, welches bisher allgemein und ebenso sehr auch in der Hegel'schen Schule noch irrig und durchaus unerschöpfend aufgefaßt wurde.

Wir haben oben selbst hervorgehoben und nachgewiesen, daß die Nichtrückwirkung naturrechtlich sei. Wenn aber bisher vom Naturrecht die Rede war, so wurde dies stets als ein seit ewig und allgemein gültiges, als ein vernunftgültiges gefaßt, welches zum positiven oder historischen Recht im Verhältniß eines allgemeinen Gedankenkerns zu seiner Ausführung, oder, wie Hegel selbst sich ausdrückt, wie im Verhältniß der Institutionen zu den Pandekten stehend gedacht wurde. Hieraus ergibt sich, daß das Naturrecht zwar im positiven oder historischen Recht als in ihm waltend gewußt wurde, daß aber die Versöhnung noch einseitig und unerschöpfend war, indem das Naturrecht seinerseits nicht als historisches Recht, nicht als von historischer Natur aufgefaßt wurde. — Da das Naturrecht nicht als historischer Natur gedacht wurde, sondern als jener seit ewig und allgemein gültiger Gedankenkern, ergab sich daraus zweitens, daß die Kategorien der Rechtsphilosophie als ewige und absolute Kategorien, d. h. als Kategorien des logischen Begriffs gedacht und die Rechtsphilosophie von Hegel selbst in dieser Form geschrieben wurde. Es ergab sich drittens daraus, daß das historische Recht, wo es dem Naturrecht nicht entsprach oder widersprach, nicht aus dem innern Wesen des Geistes und seiner begrifflichen Tiefe, sondern aus zufälligen und besondern Umständen und Zweckmäßigkeitsgründen oder resp. aus Willkür und Unvernunft oder Gewalt herzufließen schien und als rein Positives stehen blieb. Und endlich ergab sich hieraus besonders ferner, daß wo

προσήκειν αὐτόν· γέγονε γὰρ πρὸ Εὐκλείδου." Nach dem unter dem Archonten Euklides von Aristophon eingebrachten Gesetz mußte man nämlich, um Bürger zu sein, von mütterlicher wie väterlicher Seite von bürgerlicher Abkunft sein. Nach seinem Wortlaut umfaßte das Gesetz zuerst auch solche, die vor der Amtsführung des Euklides geboren waren, wurde aber eben deshalb bald darauf dahin verbessert, daß es nur auf die nach seiner Magistratur Geborenen sich erstrecken sollte (siehe die Noten bei Dindorf, in l. l., VII, 1339, ed. Oxonii). Hierauf beziehen sich jene Worte: „denn er wurde vor dem Euklides geboren", und wir sehen also, wie die Nichtrückwirkung im attischen Recht auch im öffentlichen Recht sorgfältig gewahrt wird.

das historische Recht in verschiedener Weise das Naturrecht zu verwirklichen schien, diese Verschiedenheiten als gleichgültige oder doch nebeneinander bestehende Besonderheiten desselben Gedankens liegen blieben, wobei der sie zu einem qualitativ-Andern machende, durch sie hindurchgehende Unterschied des historischen Geistes ganz übersehen wurde.

Bei dieser Stellung von Rechtsphilosophie und historischem Recht zueinander konnte es dann freilich nur dazu kommen, daß beide die Arme verlangend nacheinander ausstreckten, oder höchstens zu einer eingebildeten, nicht wirklichen Umarmung. Eine ganz andere Stellung des Naturrechts zum historischen Recht hat sich uns aus dem obigen Beispiel ergeben.

Wir haben gesehen, daß die Nichtrückwirkung naturrechtlich ist. Aber wir haben ebenso gesehen, daß in der gesammten vorgriechischen Geschichte Rückwirkung besteht, und nicht positiv oder blos historisch, durch die besondere Verordnung eines Kaisers u. s. w., sondern mit immanenter Nothwendigkeit aus dem Begriff des asiatischen Geistes herfließend, also ihrerseits naturrechtlich. Wie ist das nun zu verstehen? Gibt es zwei Naturrechte? Die Auflösung ist ebenso einfach und liegt bereits in dem Vorigen. Das Naturrecht ist selbst historisches Recht, ist eine Kategorie von historischer Natur und Entwickelung, und muß es sein, denn der Geist selbst ist nur ein Werden in der Historie.[1] Es erhellt hieraus, daß, was bisher als blos

[1] Es folgt also aus dem Obigen von selbst, daß die Rechtsphilosophie gar nicht in der Form geschrieben werden kann, in der sie Hegel und seine Nachfolger geschrieben haben, in der Form logischer Kategorien des Begriffs. In dieser Form kann nur die Logik und die Naturphilosophie entwickelt werden. Jede historische Wissenschaft aber, und darum auch das Recht, hat es nicht mit logischen unveränderlichen Begriffen, sondern mit Kategorien des historischen Geistes und darum überall mit historischen Begriffen zu thun. Sie wird also gar nicht behandeln können: das Eigenthum, den Vertrag, das Unrecht, die Familie, das Erbrecht, die bürgerliche Gesellschaft, die Corporation, den Staat u. s. w., was alles abstracte und unwirkliche Allgemeinheiten sind, sondern sie wird aus dem historischen Begriff des griechischen, des römischen, des germanischen Geistes u. s. w. den Begriff des griechischen, des römischen, des germanischen Eigenthums, des griechischen, des römischen, des germanischen Staats u. s. w. entwickeln müssen, wobei sich zeigen würde, daß manche von diesen scheinbar logischen Kategorien nicht nur, was bei allen der Fall, stets einen ganz andern geistigen Inhalt haben, sondern sogar in ihrer formellen Existenz überhaupt nur Product eines bestimmten historischen Geistesbegriffs sind und mit diesem kommen und verschwinden, z. B. die bürgerliche Gesellschaft, die Corporation u. s. w. Und auch nicht bei einer solchen Allgemeinheit, wie der germanische Geist überhaupt, dürfte stehen geblieben, sondern hier müßte wieder auf die Unterschiede des historischen Begriffs in den verschiedenen Geistesperioden desselben eingegangen und hieraus die verschiedene Gestaltung und die Umänderungen der Institute seines Privat- und öffentlichen Rechts abgeleitet werden. Es müßte

positives und historisches Recht liegen gelassen wurde, vielmehr als nothwendiger Ausfluß des Begriffs des Geistes auf der bestimmten

also die Rechtsphilosophie ähnlich, wenn auch noch genauer eingehend, entwickelt werden, wie Hegel selbst die Religionsphilosophie geschrieben hat. Man wäre in der Religionsphilosophie ebenso wenig vorwärts gekommen, wenn Hegel nur über den Gott, das Dogma, das Jenseits geschrieben hätte. Hier entwickelte er vielmehr bestimmt den jüdischen, ägyptischen, römischen, christlichen Gott u. s. w., d. h. das Gottesbewußtsein der Völker in der Bestimmtheit ihres historischen Geistes. Wenn aber die Religionsphilosophie nur ist die Entwickelung des Gottesbewußtseins, so ist die Rechtsphilosophie nur die Entwickelung des Rechtsbewußtseins der Völker. Man kann somit sagen, wie dies übrigens bereits in tieferer Weise aus dem Obigen folgt, daß die Rechtsphilosophie bei Hegel eine seinen eigenen Principien und seinem eigenen System widersprechende Gestalt erhalten hat — und natürlich von seinen Nachfolgern mumienartig darin bewahrt worden ist! Der Unterschied zwischen der Rechts- und Religionsphilosophie bei Hegel mag daher rühren, daß die Kategorien des Rechts, Eigenthum, Vertrag u. s. w. eine vom historischen Volks- und Zeitgeiste unabhängige Identität durch alle Zeiten hindurch zu bewahren scheinen. Aber das ist eben nur ein Schein, der nur entsteht, solange man im abstract-Allgemeinen stehen bleibt, und verschwindet, wenn man auf die jederzeitige Bestimmtheit dieser Rechtsinstitute eingeht. — Daß nun trotz des hier Gesagten auch das Identische in dem allgemeinen **formellen** Wesen der Rechtskategorien (Eigenthum, Vertrag u. s. w.), was aber als ein bloßes Ansich aufzufassen ist, nicht übersehen zu werden braucht, kann gleichfalls schon aus dem Vergleich mit der Hegel'schen Religionsphilosophie hervorgehen, in welcher ja gleichfalls das allgemeine Wesen der Religionen als ein allen Religionen zu Grunde liegendes Ansich gewahrt worden ist. Das begriffliche Verhältniß dieser Form der Rechtskategorien zu den Begriffen des historischen Geistes, die erst das wirkliche Recht, und den Inhalt jener formellen Kategorien daher immer als einen begrifflich-verschiedenen, erzeugen, könnte streng und systematisch nur in einem neuen „System der Philosophie des Geistes" nachgewiesen werden.

An sich bildet einen Versuch, in obiger Hinsicht über Hegel hinauszugehen, Gans' „Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung", denn hier ist nun wirklich mit dem chinesischen, indischen u. s. w. Erbrecht angefangen und auch versucht worden, dies mit jedem Volksgeiste in einen Zusammenhang zu bringen. Aber es ist nur an sich über Hegel hinausgegangen, oder der Versuch ist verfehlt; denn der heutige Begriff des „Erbrechts" ist wieder als eine solche logische allgemeine Kategorie aufgefaßt und von vornherein mitgebracht, und in diesem identischen Begriff nur die Verschiedenheit seiner stofflichen Rechtsausführung in einem gewissen Zusammenhange mit dem besondern Volke nachzuweisen versucht worden. Aber davon, daß der Erbbegriff selbst im Proceß des historischen Geistes ein anderer wird und ein anderer werden muß, daß dem, was wir unter „Erbrecht" zusammenfassen, stets ganz andere historische Geistesbegriffe zu Grunde liegen — davon hat auch Gans keine Ahnung, und verfehlt daher auch wieder nothwendig gänzlich den Geist des historischen Rechts (des römischen Erbrechts), wie wir dies alles im zweiten Bande in der gesammten Darstellung des Erbrechts nachweisen und dort erst zum wirklichen Verständniß werden bringen können.

Stufe seiner innern Entwickelung, oder als Ausfluß des historischen Geistes begriffen werden muß, woraus sich dann auch die angeblichen bloßen Verschiedenheiten der Ausführung, welche das historische Recht demselben naturrechtlichen Gedanken, derselben Rechtskategorie, zu geben scheint, vielmehr als das Dasein schlechthin verschiedener und entgegengesetzter Begriffe des historischen Geistes ergeben, so erst die Hülle ihrer gleichgültigen positiven Verschiedenheit abstreifen und ihren wahrhaften Begriffsinhalt hervortreten lassen.

Erst bei dieser Auffassung bleiben Naturrecht und positives oder historisches Recht nicht in schattenhafter Entfernung voneinander, behalten nichts Apartes gegeneinander, sondern durchdringen sich wahrhaft.

Kehren wir von dieser Andeutung, die ohnehin hier nicht klarer gelegt werden kann[1], zu dem von uns entwickelten Princip über die Rückwirkung zurück. Wir haben eine philosophische Begründung gegeben, und es ist jetzt zunächst ein Blick auf den großen Umfang der Rechtsfragen zu werfen, welche durch dieses oberste Princip bereits ihre Entscheidung empfangen. Ein Gesetz, welches die Personencapacität ändert oder sie einer Klasse von Personen entzieht, ändert also augenblicklich die Fähigkeit aller Personen und entzieht sie sofort allen denen, welche sie bisher bereits hatten, nach dem neuen Gesetz aber nicht besitzen. Aber die auf Grund dieser Fähigkeit bereits vorgenommenen individuellen Handlungen bleiben gültig bestehen und können durch das neue Gesetz nicht mehr vernichtet werden.

Wenn also ein Gesetz das zur Volljährigkeit erforderliche Alter, wo es bisher auf 21 Jahre bestimmt ist, auf 25 Jahre fixirt, so ist dadurch mit Recht allen auch vierundzwanzigjährigen und also nach dem bisherigen Gesetze schon majorennen Personen die hieran geknüpfte bereits vorhandene Handlungsfähigkeit wieder entzogen. Ein solches Individuum wird sich in nichts, weder über Gesetzgeber noch Richter beschweren können, da weder Alter noch Majorität ein Act seines Willens ist. Das Alter selbst ist eine natürliche Eigenschaft und nichts durch den Willen Hervorgebrachtes. Und ebenso ist die Bestimmung desjenigen Alters, das zur Majorennität erforderlich sein soll, bloße Festsetzung des Gesetzgebers und eine vom Individuum ganz unabhängige Sache. Ein solches Gesetz darf also scheinbar zurückwirken und den Individuen die bereits erlangte

---

[1] Wohl aber werden wir im gesammten Verlaufe dieses Werks, wo dies ohne zu große Weitläufigkeit geschehen kann, im concreten Stoffe selbst dies nachzuweisen suchen, wie das angeblich rein Positive und Historische nur nothwendiger Ausfluß des jederzeitigen historischen Geistesbegriffs ist. Das großartigste Beispiel hiervon, das wir treffen werden, wird die gesammte Darstellung des Erbrechts im zweiten Bande sein.

Volljährigkeit wieder entziehen. Es ist aber genau gesprochen — und freilich ist dies in dieser Materie sehr nöthig — gar keine „erlangte" (denn es fehlt an jeder Willensaction, welche die für den Begriff des Erlangens unumgängliche Voraussetzung bildet) Majorennität, sondern nur eine vorhandene bestimmte Handlungsfähigkeit da, die also mit dem neuen Gesetz schlechterdings vorhanden zu sein aufhört.

Mit völligem Unrecht also nehmen Savigny wie Bornemann an[1], daß ein solches Gesetz ohne unzulässige Rückwirkung nicht auf die bereits Großjährigen angewendet werden, noch über sie verfügen dürfe (siehe hierüber ausführlicher bei der Anwendung, Abschnitt III, sub I).

Die bereits von diesen Individuen auf Grund ihrer bisherigen Majorennität gethätigten Rechtsgeschäfte aber bleiben durchaus zu Recht bestehen, weil sonst freie Willensactionen nachträglich vernichtet und entstellt werden würden.

Und man sehe, wie genau es darauf ankommt, stets den angegebenen Begriff scharf im Auge zu behalten, statt ihn in eine dann nothwendig irreleitende Formel (über den Personenzustand, Rechtsfähigkeit u. s. w.) verknorpeln zu lassen. Ist nämlich die Majorennität das Product einer Majorennitätserklärung, die z. B. auf Antrag des Vaters oder des Minderjährigen von dem vormundschaftlichen Gericht erlassen wird (vgl. Allg. Landrecht, Th. II, Tit. 28, 216 und Th. II, Tit. 18, §. 714 fg.), so kann dies offenbar durch kein späteres Gesetz, welches die Majorennitätserklärungen abschafft oder andere Bedingungen derselben vorschreibt, mehr aufgehoben werden. Der Grund ist, daß sie hier durch individuelle Handlungen vermittelt und erworben ist, die nicht mehr vernichtet werden können.[2]

Werfen wir hierbei gleich einen Blick auf die Emancipation. Diese betrifft in ihren Folgen die Rechtsfähigkeit der Kinder, und somit den Zustand der Person an sich. Sie selbst aber ist ein Institut, welches im wahren Familienrecht wurzelt. Savigny (VIII, 504, 500) will daher, daß wie die Entstehung der väterlichen Gewalt, so auch ihre Auflösung, namentlich durch Emancipation, stets unter dem Gesetz der Zeit stehe, unter welches die auflösende Thatsache fällt.

Aber es handelt sich vielmehr darum, wodurch die Emancipation hervorgerufen wird, und je hiernach wird die Entscheidung eine entgegengesetzte sein müssen.

---

[1] Der §. 720 des Allg. Landrechts, Th. II, Tit. 18, geht offenbar von der oben entwickelten Ansicht aus.

[2] Wenn man hier die eigene Handlung des Minderjährigen vermissen wollte, so ist §. 2 zu vergleichen. Vater wie vormundschaftliches Gericht handeln überhaupt für den Minderjährigen.

Nach dem Code Napoléon (Art. 372) tritt die Aufhebung der väterlichen Gewalt ipso jure mit der Volljährigkeit ein. Wird also das zu derselben erforderliche Alter dort erhöht, so fallen dadurch die betreffenden bisher Volljährigen auch wieder unter die väterliche Gewalt zurück. Diejenige Emancipation aber und die durch sie bedingte Rechtsfähigkeit, welche zwar gleichfalls ipso jure eintritt, aber als Folge einer freiwilligen Handlung des Emancipirten, wie dies nach dem Code Napoléon z. B. bei der Heirath der Fall ist (Art. 476, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage), — diese wird durch ein späteres Gesetz über Emancipation nicht mehr berührt, weil sie durch individuelle Willensaction vermittelt und somit erworben ist. Man kann dies Resultat auch noch bestätigen durch die sehr alte, z. B. bereits von Bartolus gegebene Regel, daß ein Gesetz, welches als contractus vel quasi contractus wirke, d. h. sich in die Formel auflöse do ut facias, vel facio ut facias, nicht durch ein späteres Gesetz in praejudicium quasi contrahentis aufgehoben werden könne.[1] In ein solches contrahirendes Gesetz löst sich aber eben ein jedes auf, welches die Erlangung eines Rechts oder Zustandes von der Bedingung individueller Handlungen abhängen läßt.

---

[1] Bartolus, Comm. in Dig., lib. I, Nr. 28 (fol. 34 ed. Bas. 1589): Quarto quaeritur, utrum liceat facere statutum super his, quae ab aliis statutis ejusdem civitatis sunt disposita? — — Distingue: Aut statutum stat in simplici dispositione statuti, aut transit in *contractum quel quasi*. Primo casu per sequens potest statutum simplex revocari ... secundo casu non potest revocari in praejudicium quasi contrahentis. Et intellige rationem contractus vel quasi, qui ex decreto vel statuto resultat. Et circa praedicta subjicio unam quaestionem, ad intelligentiam ipsorum. Statuto cavetur, quod qui venit ad habitandum in tali castro, habeat immunitatem perpetuo. Quidam venerunt; nunc civitas vult revocare statutum, et vult ne illi gaudeant immunitate. Certe in praejudicium eorum qui jam venerunt, non potest revocari. Secus in his qui nondum venerunt. Nam dictum statutum transivit in contractum, vel quasi contractum, do ut facias, vel facio ut facias, id est concedo tibi immunitatem ut venias. Si aliqui venerunt, ex utraque parte, perfectus est contractus, et ideo non est locus poenitentiae sed antequam veniunt.

Was an dieser von Bartolus gegebenen Regel richtig ist, ist die Thätigkeit des oben entwickelten Begriffs in ihr. Seine Regel selbst aber ist zu weit und zu eng. Zu weit — und darum ist gerade das von ihm gewählte Beispiel ganz falsch —, wie sich in §. 7 zeigen wird, wo sich die aus der concreten Entwickelung des Begriffs für diese Regel folgenden Einschränkungen ergeben werden. (Daselbst wird sich auch zeigen, welcher durch die genauere Begriffsbestimmung gesetzten Einschränkung das unterliegt, was wir oben nur beispielsweise über die Emancipation durch Heirath gesagt haben.) Zu eng, wie sich dies in §§. 2, 6 u. a. herausstellen wird.

Mit Unrecht würde man aber in dem erwähnten Beispiele der Emancipation durch Heirath den Grund vielleicht etwa darin suchen wollen, daß, weil der Minderjährige ohne väterliche Erlaubniß eine Ehe nicht eingehen kann, dieselbe eine Entlassung aus der Gewalt seitens des Vaters selbst in sich einschließt. Dies trifft hier nur zufällig zusammen; denn dies Zusammentreffen wäre nicht der Fall und die Folgen für die Rechtsfähigkeit dennoch dieselben, wenn die individuelle Handlung, durch welche sie vermittelt wird, gar nicht der Einwilligung des Vaters *bedarf*, wie z. B. wenn ein Gesetz nach Art Justinian's in der Nov. 81 [1] die Emancipation und die durch sie hervorgebrachte Rechtsfähigkeit ipso jure als Folgen gewisser Würden und Staatsämter eintreten ließe. Eine väterliche Einwilligung findet hierbei nicht statt. Aber die Erlangung der Würde oder des Amtes ist ein durch *individuelle Verdienste und Actionen* des Emancipirten Vermitteltes. Auf diese Entstehung der Rechtsfähigkeit wirken also spätere Gesetze nicht ein, während sie dies wol thun, wo die Emancipation blos durch Alter eingetreten ist. Man kann also nicht, wie die französischen Autoren stets thun, im allgemeinen sagen, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit den Personen stets blos vom Gesetz verliehen sei. Sie kann auch erworben sein. Auf die Operation der obigen Begriffsunterschiede kommt es an. Man kann ebenso wenig, wie Savigny diesen Gedanken ausdrückt, sagen, daß der *Zustand der Person an sich* stets der sofortigen Anwendung des neuen Gesetzes unterliegen müsse. Es kommt wiederum auf die Operation der obigen Begriffsmomente, auf die Frage an, ob dieser Zustand durch das Gesetz verliehen oder ein durch die individuelle Willensaction Constituirtes und Vermitteltes sei. Will man noch einen entscheidenden Beweis hierfür, so liegt er in Folgendem: Nichts betrifft gewiß den Zustand der Person an sich in höherm Grade als die Frage, ob man Sklave oder Freier sei. Nun verordnen die Kaiser Diocletian und Maximinian [2], daß der Sklave, der sich zwanzig Jahre lang im redlichen und titulirten Besitz der Freiheit befunden (qui bona fide in possessione libertatis etc.), gegen die Vindication des Herrn geschützt und ein freier römischer Bürger sein solle (ut et liberi et cives Romani fiant). Kein Mensch wird annehmen, daß durch Abschaffung dieses Gesetzes auch diejenigen hätten berührt und wieder zu Sklaven gemacht werden können, welche einmal durch

---

[1] Cap. I. Quapropter gravissima hac lege utentes sancimus ut ordinarii consules, si in potestate sint, simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, *suae potestatis fiant;* praetera ut consularibus codicillis ab Imperatore honoratis et sub manu parentum constitutis codicilli in causa sint, *ut sui juris fiant* etc.

[2] L. 2, C. de longi temp. praescr. quae pro liber. (7, 22).

den Ablauf der zwanzig Jahre unter dem Gesetze zu Freien geworden waren. Und warum ist hier der Zustand der Person an sich der Einwirkung des neuen Gesetzes entzogen? Weil jene Sklaven durch Ersitzung, durch Usucapion, also (s. §. 2 D. über die Usucapion) durch fortgesetzte individuelle Willensaction den Zustand eines Freien sich erzeugt und zu dem ihrigen gemacht hatten, und derselbe deshalb ein erworbener war. Auf dieses Begriffsmoment allein also kommt es an, und nur darum ist die Formel über den Personenzustand meistens richtig, weil derselbe in den meisten Fällen ein blos vom Gesetze verliehener ist.

Betrachten wir ferner ein Gesetz über Ehe und Ehescheidung nach obigem Princip.

Soweit dieses Gesetz die Gatten schon dadurch trifft, daß es die organische Institution der Ehe selbst ändert, soweit es also die Gatten in denjenigen allgemeinen Qualitäten, Rechten und Pflichten trifft, welche das Gesetz den Gatten überhaupt verleiht, so weit wirkt es augenblicklich auf alle schon bestehenden Ehen ein. Soweit aber das Gesetz die Gatten nicht ausschließlich und unmittelbar durch eine Veränderung jener Eigenschaften und Rechte treffen würde, welche das Gesetz selbst an die Qualität des Gatten knüpft, sofern es also sie nur dann treffen würde, wenn hierzu noch eine in der Vergangenheit liegende freiwillige Handlung eines Gatten hinzutritt, so weit darf dies Gesetz keinesfalls einwirken. Denn insoweit würde seine Einwirkung eine Rückwirkung sein.

Wenn also ein neues Gesetz die Scheidung überhaupt aufhebt, oder die Scheidung, falls sie bis dahin verboten war, einführt; wenn ein neues Gesetz die persönlichen Rechte und Pflichten der Gatten zueinander (Gehorsam, Schutz u. s. w.) ändert, so wirken diese Bestimmungen sofort auf alle bestehenden Ehen ein. Denn die Gatten werden durch dieses Gesetz nur insofern betroffen, als das Institut der Ehe selbst, als die allgemeinen und stets vom Gesetz verliehenen Qualitäten der Ehemänner und Ehefrauen dadurch verändert werden. Ob die Ehe überhaupt auflösbar oder unauflösbar ist, ist eine rein durch das Gesetz der Ehe verliehene Qualität, nicht eine That und ein Product des einzelnen Gatten. Die Gatten werden durch dieses Gesetz unmittelbar in ihrer allgemeinen gesetzlichen Qualität als Gatten getroffen, ohne Vermittelung einer besondern freiwilligen Handlung ihrerseits.

Ebenso wenn ein Gesetz neue Ehescheidungsgründe einführt oder bestehende abschafft, gilt das Gesetz auch in dieser Hinsicht vom Augenblick seines Erscheinens ab für alle bestehenden Ehen. Was ein Ehescheidungsgrund überhaupt sein soll oder nicht, ist gleichfalls nicht durch die Willensaction des Individuums hervorgebracht, sondern eine das In-

stitut der Ehe selbst betreffende gesetzgeberische Bestimmung. Die Gatten können daher auch in dieser Hinsicht dem Gesetze durchaus keinen Vorwurf der Rückwirkung machen; denn da es sich nicht auf die eigenen Handlungen eines Gatten vor seinem Erscheinen erstreckt, so wird keine solche eigene Handlung ex post verändert, und wenn von nun an Handlungen als Ehescheidungsgründe gelten, die es bis dahin nicht waren, so steht es dafür in der Freiheit des Individuums, von nun an diese vom Gesetz bezeichneten Handlungen zu unterlassen. Die menschliche Freiheit, das erste Recht des Individuums, die Natur seiner Handlung vorher wissen zu können, ist also gerettet.

Wenn man aber den vom neuen Gesetz statuirten Ehescheidungsgründen mit Savigny (s. oben S. 17) sogar die Folge geben wollte, daß sie auch auf die frühere Zeit anwendbar seien, dann würde allerdings die schreiendste Rückwirkung vorliegen. Denn dann würde ja eben eine freiwillige, vollbrachte Handlung des Individuums nachträglich einen andern Charakter und andere Folgen erhalten, als dasselbe bei der Vollbringung wissen konnte, und es würde den Gesetzgeber oder Richter der Vorwurf treffen, die menschliche Zurechnungsfähigkeit forcirt zu haben![1]

Betrachten wir die Wirkung unsers Princips auf Verträge, so ergibt sich zunächst in Bezug auf die Form derselben, daß diese, da ja Verträge und ihre Errichtung stets freiwillige Handlungen sind, immer nur nach den Gesetzen zur Zeit der Stipulation beurtheilt werden kann. Aus demselben Grunde aber ergibt sich auch für den Inhalt der Verträge, daß sich derselbe in Bezug auf Gültigkeit, Art und Grad seiner Wirksamkeit, Anfechtungsgründe u. s. w. immer nur nach dem Gesetz zur Zeit des Contractes richten wird, soweit dies nicht Einschränkungen unterliegt, die aber aus unserm Princip selbst hervorfließen müssen, statt ihm derogiren zu dürfen, worüber später.

Wie im Privatrecht, so ist das obige Princip nicht minder im öffentlichen Rechte wirksam. Vom Strafrecht haben wir dies bereits gleich im Anfang gesehen. Es ist dies aber nicht weniger bei den andern Theilen des öffentlichen Rechts der Fall.

Wenn ein Gesetz die zur Erlangung der Naturalisation erforderlichen Bedingungen erschwert, so wirkt dasselbe keineswegs auf diejenigen Fremden ein, welche die Naturalisation nach Maßgabe der frühern Bedingungen bereits erlangt haben.

Wenn es aber z. B. einem Staate einfiele, alle zur Zeit auf seinem

---

[1] Und nichtsdestoweniger hat der rhein. Appellationsgerichtshof zu Köln in einem Urth. v. 22. Juli 1850 und der berliner Revisions- und Cassationshof durch Bestätigung desselben durch Urth. v. 20. Juni 1851 sich nicht gescheut, sich dieses schwersten Vorwurfs schuldig zu machen!

Territorium weilenden Fremden ohne Rücksicht auf deren Willen mit dem Indigenat zu bekleiden, und dieses Gesetz würde später wieder aufgehoben, so würde die Aufhebung sich auch auf diejenigen Fremden erstrecken, welchen das Indigenat durch das erstere Gesetz zutheil geworden war [natürlich mit Ausnahme solcher, welche diese Qualität vor dem widerrufenden Gesetze durch ausdrückliche Willenserklärung oder concludente Handlungen — spätere Domicilirung, Errichtung eines Gewerbebetriebs u. s. w. — bereits acceptirt und so durch eine spätere individuelle Willensaction zu ihrem individuellen Eigenthum gemacht hatten; denn es ist gleichgültig, ob das Recht erst entsteht durch die individuelle Willensaction, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze fließt, das Individuum aber es durch spätere Handlungen ergreift und verseinigt; siehe hierüber §. 3]. Nicht in dieser Rücknahme also würde eine Rückwirkung liegen, nur dem ersten Gesetze würde man eine solche beimessen können, weil es auf Grund des zeitigen Aufenthalts diesem freiwilligen Factum rückwirkend eine ungewollte Folge gab (und außerdem den Betreffenden dadurch das Staatsbürgerrecht in ihrer Heimat entzog).[1]

---

[1] Die Supposition eines solchen Gesetzes, welches ohne jede Rücksicht auf den Willen der Individuen alle Fremden ohne weiteres mit dem Indigenat bekleidet, kann vielleicht auf den ersten Blick so kindisch scheinen, daß sie selbst das Recht der Theorie, zum Beweise ihrer Thesen auch die unwahrscheinlichsten Fälle zu unterstellen, überschreitet. Dies ist aber nicht nur nicht so, sondern solche Gesetze und daraus entspringende Fälle von der größten praktischen Wichtigkeit sind sogar dagewesen. Zuerst muß hier erinnert werden an die Constitution des Marcus Antoninus, von der uns die L. 17 D. de statu hominum (I, 5) erzählt, durch welche alle Bewohner des römischen Erdkreises ohne weiteres zu römischen Bürgern gemacht worden sind. (In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.) Kein Mensch wird bezweifeln, daß, wenn es M. Antoninus gefallen hätte, später diese Verordnung wieder aufzuheben und die frühern Unterschiede wiederherzustellen, durch diese Aufhebung auch die lebenden Geschlechter mit Recht getroffen worden wären. Man wird dies um so weniger bestreiten können, als dies Edict bei den Verhältnissen der alten Welt eigentlich ein Edict über die Rechtsfähigkeit darstellt. Immerhin war diese Rechtsfähigkeit blos die Folge der einmal erlangten Qualität des römischen Bürgers, und wäre diese durch eine individuelle Leistung und Willensaction erlangt worden, so wäre sie — und also auch die jederzeit aus ihr fließende Rechtsfähigkeit — unwiderruflich gewesen. Keinesfalls liegt der wahre Grund der Widerruflichkeit der Verordnung des M. Antoninus darin, daß sie als accessorische Folge der römischen Bürgereigenschaft über die Rechtsfähigkeit statuirte. Es wird sich bei uns gar nicht anders mit einer solchen Verordnung verhalten, obgleich bei den factischen Verhältnissen der modernen Welt die Ertheilung des Indigenats durchaus nicht ein bloßes Statut über die Rechtsfähigkeit darstellt. Es kann sogar das Indigenat und die Rechtsfähigkeit bei uns getrennt sein (vgl. Code civ., Art. 7).

Ebenso nimmt ein neues die Wahlfähigkeit beschränkendes Wahlgesetz diese Fähigkeit unzweifelhaft auch allen solchen Bürgern, die sie bisher

---

Ganz bestimmt war dies der Fall nach den französischen Gesetzen vom 30. April 1790 und 9. Dec. desselben Jahres (Art. 24). Ersteres verordnet que tous ceux qui nés hors du royaume, de parens étrangers, sont établis en France, *sont réputés Français*, et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyens actifs, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont en outre, ou acquis des immeubles, ou épousé une Française etc.

Merlin hat auf das unzweifelhafteste nachgewiesen, daß dies Gesetz von der Bedingung des Bürgereides nur die Ausübung der bürgerlichen Rechte abhängig macht, die Qualität eines Franzosen aber unabhängig hiervon und ipso jure allen denen überträgt, welche fünf Jahre hindurch ihr Domicil in Frankreich gehabt und außerdem ein Grundstück gekauft oder eine Französin geheirathet haben.

War dies Gesetz aber nur auf die Zukunft anwendbar oder war es auch anwendbar auf solche, welche schon vor dem Erlaß desselben fünf Jahre ununterbrochen ihr Domicil in Frankreich gehabt und dazu eine Französin geheirathet hatten? Waren nun also auch diese, die diese Folge nicht hatten voraussehen können, unabhängig von ihrem Willen zu Franzosen gemacht?

Merlin, in einem bald anzuführenden Plaidoyer, das er als Generalprocurator vor dem pariser Cassationshofe hielt, behauptete dies letztere, und dies war eine der Hauptachsen, um welche sich der seiner Zeit so berühmte Proceß des damaligen Majors Mac-Mahon gegen seine geschiedene Gattin, die Frau von Latour, drehte. Es handelte sich in diesem Processe, welcher drei verschiedenen Appellhöfen überwiesen wurde und zwei cassirende Urtheile des pariser Cassationshofes veranlaßte, und in welchem Merlin dem Vorfahr des Siegers von Magenta doppelte Felonie und Ueberläuferei gegen England wie Frankreich und Betrug in seinen Ehepacten nachwies, darum, zu wissen, ob Mac-Mahon, der bei dem Erlaß des Gesetzes vom 20. April 1790 bereits fünf Jahre in Frankreich gewohnt und eine Französin geheirathet hatte, durch dasselbe ohne seinen Willen zum Franzosen geworden war, und ob folglich, da er zwei Jahre darauf Frankreich verließ, die damaligen Gesetze über Emigranten auf ihn anzuwenden waren. Es lag somit hier ganz der Fall vor, den wir oben im Text supponirt haben. Der Appellhof von Orléans entschied hierüber in einem schön motivirten Urtheil (vom 11. Thermidor XIII): „Attendu — qu'un acte de naturalisation est un véritable *contrat* entre le gouvernement qui adopte et l'étranger adopté, que ce contrat comme tous les autres contrats, exige un *consentement mutuel et réciproque;* que ce consentement doit être formel ou résulter d'actes exprès et positifs, d'où il suit que toute disposition générale qui *déclarerait naturalisée* telle ou telle classe des individus, *ne pourrait s'appliquer réellement qu'à ceux des individus* qui en auraient *réclamé ou accepté* la faveur ou l'application."

Die Richtigkeit dieser Motive springt in die Augen. Trotzdem erhob sich Merlin, der schon ein cassirendes Urtheil in diesem Proceß herbeigeführt hatte, mit Macht dagegen vor dem in vereinigten Kammern sitzenden Cassationshof. Nach ihm hätte Mac-Mahon gleich nach Erscheinen des Gesetzes sagen müssen: „Da man will, daß ich auf Grund meines Domicils Franzose sei, so verlasse ich das Territorium eines Gouvernements, dessen Adoption mir nicht gefällt." Merlin vergißt,

besaßen, aber die bereits vollzogenen Wahlen, zu denen sie auf Grund des frühern Gesetzes mitgewirkt haben, werden hierdurch nicht vernichtet; die individuellen Handlungen bleiben bestehen.

---

daß, war einmal Mac-Mahon durch das Gesetz vom 30. April 1790 zum Franzosen geworden, er durch das sofortige Verlassen Frankreichs vielmehr nur sofort damaligen Emigrantengesetzen verfallen, seine Lage also gar nicht geändert worden wäre und daß der fortgesetzte Aufenthalt in einem Lande — von andern factischen Umständen des Falls abgesehen — keine nothwendige Acceptation des Indigenats in sich schließt. Umsonst beruft sich Merlin, geradezu die Behauptung aufstellend, daß die Einwilligung des Individuums in die Naturalisation gleichgültig wäre, auf das Gesetz vom 5. Ventôse V, welches alle Einwohner des eroberten und mit Frankreich vereinigten belgischen Gebiets ohne Rücksicht auf ihren Willen zu französischen Bürgern erklärt hatte. Er vergißt, daß die Staatsangehörigkeit, welche ein Staat über die Kinder seiner eigenen Bürger oder über die Bürger eroberter und zum Staatsterritorium geschlagener Länder ausspricht, ein Zwangsgesetz ist und sein muß, von dem sich der einzelne nur unter den bestimmten Formen der Auswanderungsgesetze befreien kann, daß aber die Stellung, welche ein Staat zu den Angehörigen fremder Nationen einnimmt, eine ganz andere ist.

Durch die Ueberlegenheit seines Wissens und seines Scharfsinns gewann Merlin die Schlacht gegen Mac-Mahon, trotz des Widerstrebens der Appellhöfe von Paris und von Orléans. Aber er gewann sie nicht auf Grund des in Rede stehenden Cassationsmittels, sondern aus andern in der Sache zur Sprache kommenden Gründen. In seinen beiden cassirenden Urtheilen vom 30. Pluviôse XIII und vom 22. März 1806 vermeidet vielmehr der Cassationshof sich über die Frage, ob Mac-Mahon als Franzose zu betrachten sei, obgleich sie das erste Cassationsmittel bildete, auszusprechen, und indem er das zweite mal — en chambres réunies sprechend — statt dessen auf das vierte Cassationsmittel einging und ausdrücklich erwog, daß Mac-Mahon sich demselben nicht entziehen könne „sous le prétexte qu'il *est* étranger", weil dasselbe zur Geltung komme „contre tous les individus soit français soit étrangers", hat er deutlich genug seine von Merlin hierin abweichende Ansicht an den Tag gelegt (s. die beiden Plaidoyers Merlin's in dieser Sache, abgedruckt in seinem Répert. de jurispr. v° Divorce Sect. IV, §. 10, T. IV, p. 664—709). Von dem ersten Cassationsurtheil steht, obwol es sich darüber nicht ausspricht, sogar unzweifelhaft fest, daß der Cassationshof Mac-Mahon trotz des Gesetzes vom 30. April 1790 als einen Fremden betrachtet habe; denn der Präsident der Section des Cassationshofs, welche jenes Urtheil erließ, Malleville, bekundete später, daß der Hof Mac-Mahon „*quoique étranger*" doch seiner Gattin gegenüber für einen „absent rentré" gehalten habe (s. Malleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'état, art. 234).

Wäre man aber selbst mit Merlin der Meinung gewesen, daß ursprünglich durch das Gesetz vom 30. April 1790 Mac-Mahon zwangsweise zum Franzosen gemacht worden war, so hatte doch bereits die Constitution vom 3. September 1791, Tit. II, Art. 3, durch eine kleine Aenderung in dem Wortlaut jenes Gesetzes demselben, wie Merlin selbst (das., S. 696) zugibt, derogirt und die Naturalisation an den freien Willen des Individuums gebunden. Durch eine Umstellung des Satzes von der Leistung des Bürgereides bewirkte sie nämlich, daß nur derjenige

Zugleich ist ersichtlich, daß dieses Princip den Anforderungen entspricht, welche wir oben (S. 13 fg.) für eine wahrhafte Theorie aufgestellt haben. Wir verlangten hierzu, daß beide Grundsätze, sowol derjenige, welcher bestimmt, wo sofortiges Platzgreifen der Gesetze stattfinden als nicht stattfinden darf, in eine gemeinsame Rechtsidee aufgelöst werden. Nur dann sei Einheit — und mit ihr Theorie — vor-

---

für einen Franzosen angesehen werden solle, der außer den übrigen Bedingungen den Bürgereid geleistet habe, worin also eine ausdrückliche individuelle Willenserklärung liegt. Und folglich hätte man — obwol Mac-Mahon dieses Mittel, wie es scheint, geltend zu machen verabsäumte — immer annehmen müssen, daß hierdurch jener Zwang des Gesetzes von 1790 fortzuwirken aufgehört habe. Es reicht nicht hin zu sagen, wie Merlin thut, der, offenbar von selbst auf diesen Gedanken stoßend, ihn flüchtig in einem Satze berührt, daß die neue Constitution „de même qu'elle ne *prive* pas les étrangers de la naturalisation qu'ils avaient *obtenue* avant 1789 par les lettres patentes du roi, de même aussi elle ne les *dépouille* pas de celle, qu'avaient purement et simplement attribuée les lois des 30 avril et 9 décembre 1790". Alle diese Ausdrücke passen gar nicht einmal, da sie, priver wie dépouiller u. s. w., ein Entziehen der Eigenschaft gegen den Willen des Individuums voraussetzen. Es handelte sich vielmehr darum, ob, wenn ein Staat ohne Rücksicht auf vorhergängigen Willen oder nachfolgende Acceptation ein Individuum zwangsweise naturalisirt, dieser Zwang nicht in demselben Augenblicke für alle nicht acceptirt habenden Individuen fortzuwirken aufhört, sobald der Staat seinerseits von dem Zwangsgesetz zurücktritt. Und so gestellt kann die Beantwortung der Frage nicht zweifelhaft sein. Die Fortdauer des Zwangsverhältnisses kann nicht aus dem Rechte des Individuums gefolgert werden, wenn dieses weder vorher gewollt, noch nachher acceptirt hat, sondern eben gezwungen ist. Sie kann nicht länger aus dem Rechte des Staats folgen, wenn dieser seinerseits das Zwangsgesetz aufgehoben hat und somit von der Zwangsanschauung zurücktritt. Woher sollte also seine Fortdauer kommen können? Die Wirkung der vom Staat verfügten Zwangsansicht, vermöge welcher Mac-Mahon als Franzose anzusehen war (*sera réputé* Français), dauert offenbar nur solange der Staat diese Zwangsansicht festhält, und hört somit in dem Moment auf, in welchem er sie aufgibt. Dies Gesetz hat nicht, wie oben Bartolus sagt, als Contract, sondern als Gesetz gewirkt, und die Wirkung verschwindet daher mit dem Gesetze selbst. Und selbst jeder Contract erlischt, wenn beide Parteien desistiren. — Die entgegengesetzte Ansicht — die Ansicht Merlin's — führt zu der großen Ungereimtheit, daß der Staat zwar durch das Zwangsgesetz von 1790 auf alle nicht erst zukünftig, sondern bereits gegenwärtig in den von ihm vorhergesehenen Lagen befindlichen Fremden sofort habe einwirken und somit — weil ohne Rücksicht auf ihren Willen — habe rückwirken können, daß aber dem spätern Gesetze — der Constitution von 1791 —, welches die Naturalisation der natürlichen Willensfreiheit des Individuums zurückgibt, eine geringere Kraft einwohne und es nicht wie das erstere auf die gegenwärtigen Zwangsverhältnisse, sondern erst auf die Zukunft einwirken könne!

Höchstens hätte man also annehmen können, daß Mac-Mahon in der Zwischenzeit vom Gesetze von 1790 bis zur Constitution von 1791, aber nicht mehr bei seiner Flucht (1792) Franzose gewesen sei.

handen, wenn diese eine Idee die Unterschiede selbst als aus ihr fließende erzeuge, sodaß sich also auch aus der Idee der Nichtrückwirkung selbst die Fälle ergeben, in denen ein neues Gesetz sofort zur Anwendung zu kommen hat. In der That ist dies durch das obige Princip erreicht, weil dasselbe, statt eine Formel zu bilden, nur die Rechtsidee der Nichtrückwirkung darstellt.

Es liegen hier nicht mehr zwei äußerliche Regeln vor, von denen die eine bestimmt, wo Nichtrückwirkung, und die andere, wo Rückwirkung stattfinden soll. Sondern die Regel der Nichtrückwirkung ist hier erstens in den Begriff der Nichtrückwirkung selbst zurückgeführt, sodaß sie zugleich angibt, auf welcher obersten Rechtsidee der Grundsatz von der Nichtrückwirkung überhaupt beruhte und warum er Wahrheit habe (vgl. oben S. 48 fg.). Ferner sind eben dadurch die beiden Regeln, wo der Grundsatz von dem sofortigen Eingreifen der Gesetze zur Anwendung zu kommen habe, in Eine begriffliche Einheit aufgehoben; beide Grundsätze selbst sind, statt sich entgegengesetzte zu bleiben, von denen der eine auf diesem, der andere auf jenem Rechtsgebiete gelten soll, in innere Einheit gesetzt, in eine gemeinsame Rechtsidee aufgelöst, und drittens ist damit das ebenso begriffliche als praktische Resultat erreicht, daß es eine zulässige wirkliche Rückwirkung, eine einzelne oder eine Klassenausnahme von dem Princip der Nichtrückwirkung, überhaupt nicht gibt, daß vielmehr auch das sofortige Platzgreifen neuer Gesetze in allen Fällen, wo es zulässig ist, gerade durch den Begriff der Nichtrückwirkung selbst gesetzt und vermittelt sein muß, und eine solche aus diesem Begriffe selbst hervorgehende sofortige Anwendung nur eine augenblickliche Einwirkung — wie solche im Wesen des Gesetzes liegt —, keine Rückwirkung mehr darstellt.

II. Der Begriff und sein Umfang.

§. 2. Der Umfang der Willenshandlungen.

Wenn aber nur die individuellen Willensactionen von keinem spätern Gesetze getroffen werden sollen, oder, was hiermit identisch, nur solche Rechte *erworbene* Rechte sind, welche durch freie Willensactionen vermittelt sind, so muß es zunächst scheinen, daß aus bloßen Begebenheiten und Ereignissen (z. B. also die eigene Geburt, der Tod anderer), oder aus den Handlungen dritter Personen — die ja in Bezug auf das Individuum bloße Ereignisse sind —, daß also aus solchen Facten, die man im Unterschied von den eigenen Willensactionen juristische Thatsachen nennen kann, dem Individuum *keine erworbenen* Rechte entstehen können. Wollte man nun aus obigem Begriffe eine solche Regel ableiten, so würde dieselbe zwar im allgemeinen auch noch richtig sein; sie würde aber, wie jede Regel, zahlreiche Ausnahmen erleiden, während jener Begriff selbst *keine* erleidet, es vielmehr, wie sich gleich zeigen wird, gerade seine eigene Thätigkeit ist, welche diese Ausnahmen an der Regel hervorbringt.

Es gibt nämlich Rechte, welche scheinbar an Ereignisse und Handlungen dritter Personen geknüpft sind, aber, obwol sie äußerlich und ihrer sinnlichen Gestalt nach als Folgen solcher facta aliena erscheinen, doch ihrer *innern* Natur nach *vom Rechte aufgefaßt werden als eigene Willensactionen des Individuums*.

Ist dies der Fall, so ist es natürlich nur eine Forderung des Begriffs und eine glänzende Bestätigung seiner Consequenz, daß solche Rechte und *nur* solche Rechte, die nach ihrer äußerlichen Erscheinung zwar als Folgen fremder Thatsachen sich darstellen, vom Gesetze aber als auf der *eigenen Willensaction* des Individuums beruhend gedacht werden,

erworbene Rechte bilden und also von einem spätern Gesetze nicht berührt werden können.

Dies tritt nun in der That ein, und es sind jetzt diese scheinbaren Anomalien durchzugehen und in ihre wahre Natur als strenge Consequenzen des Begriffs aufzulösen.

A. Erb- und Familienrecht; Personenrepräsentation.

Dahin gehören alle solche Rechte, welche dem Individuum durch die eigene Geburt oder den Tod anderer entstehen und welche vermittelt sind durch das Familienrecht. Die so vermittelten Rechte sind dem Individuum erworben vermöge der nach der Anschauung des Rechts innerhalb der Familie herrschenden Identität der Personen und ihres Willens. Vermöge dieser Identität wird vom Rechte die gültige Willenshandlung der einen Familienperson zugleich als Willenshandlung der andern angesehen. Wenn geerbt wird, so erscheint dies zunächst als die Folge eines bloßen Ereignisses, des Todes des Erblassers. In der That aber beruht der Erwerb auf einem entweder ausdrücklichen letzten Willen desselben — testamentarische Erbschaft — oder auf einem vom Gesetz präsumirten — Intestaterbfolge. Es geschieht also dieser Erwerb durch eine Willenshandlung des Erblassers[1], die infolge der angegebenen das Wesen des Familienrechts bestimmenden Identität als die eigene Willensaction des Erben erscheint.[2]

Das Erbrecht darf also nicht als ein aus einem Ereigniß oder einer fremden Handlung entspringendes Recht aufgefaßt werden, sondern wenn

---

[1] An dieser abstracten, von allen concreten Unterschieden absehenden und darum auch unrichtigen Behauptung muß es hier noch genügen. Das Wahrhafte darüber kann sich erst im zweiten Bande ergeben.

[2] Wenn etwa ein Gesetz alle Testamentserbschaft ausschließt und nur Intestaterbfolge anerkennt, so würde man freilich nicht sagen können, daß dieselbe einen präsumirten Willen des Erblassers darstelle. Allein hier entsteht das Recht der Erben überhaupt nicht erst durch den Tod, es ist vielmehr durch die Geburt oder bei dem Erwerb des Eigenthums entstanden. Das Eigenthum ist hier von vornherein als ein an sich gemeinschaftliches Familieneigenthum erworben, und dieser Wille, es als solches zu setzen, erscheint als der gemeinschaftliche Wille aller Familienindividuen. Es ist nicht anders mit dem unter diesem Gesetze bei der Geburt schon vorhandenen Eigenthum der Aeltern. Die Geburt stellt für das Individuum selbst ein Erzeugtsein, ein bloßes Ereigniß dar; aber dieses Erzeugtsein löst sich sofort auf in eine Erzeugung, also in eine Handlung seitens der Aeltern, durch welche Handlung das vorhandene Eigenthum als das an sich gemeinschaftliche der nun entstandenen Familie gesetzt und diese Willensaction um jener unmittelbaren Identität willen als der gemeinschaftliche Wille aller Familienglieder erscheint.

dies seine äußerliche Erscheinung ist, so beruht seine speculative Natur ursprünglich auf der durch die Identität der Familie vermittelten Willensaction des Erben.

Der positive Beweis hierfür kann nur durch das genaueste Eingehen auf das Wesen des Erbrechts, also erst im zweiten Bande sich ergeben, welcher dasselbe ebenso nach seinem philosophischen Gedankeninhalt als nach der Verschiedenheit seines historischen Geistes betrachten soll. Dort wird dieser Beweis auf die strengste und wissenschaftlichste Weise erbracht werden. Bis dahin muß das soeben Gesagte als eine bloße Assertion und Abbreviatur aufgenommen werden, deren Beweis nicht blos, sondern auch deren tieferes Verständniß und deren innere Unterschiede erst im zweiten Bande sich entfalten können. — Darauf muß also einstweilen hinverwiesen werden.

Aber auffällig oder willkürlich erscheinen kann diese Umwandelung des Erbrechts in ein durch die Willensaction des Erben hervorgebrachtes Recht schon nach dem hier Gesagten nicht. Sie wäre überdies nur eine nothwendige und speculative Folge dessen, was schon anderweitig über die Personenidentität als das Wesen der Familie ausmachend anerkannt wurde, und findet ihren sinnfälligen Erweis in der Lehre von der Repräsentation, nach welcher ja auch z. B. das vom Kinde oder römischen Sklaven Erworbene um dieser vom Gesetz angeschauten Identität der Personen willen als der rechtliche Erwerb des Vaters oder Herrn gilt.

Das Erbrecht ist aber nur die wichtigste Anwendung dieser durch das Familienrecht bewirkten Vermittelung, und das Gesagte gilt ebenso für alle Rechte, die durch das Familienrecht vermittelt sind. So z. B. die Erwerbung des Indigenats durch Geburt. Die Erwerbung des Indigenats durch Naturalisation oder Niederlassung erscheint auch äußerlich als eine Erwerbung durch individuelle Willensactionen, und von ihr begreift sich also leicht, daß sie von einem spätern Gesetz nicht aufgehoben werden kann. Das durch Geburt erlangte Indigenat scheint aber ebenso wie z. B. die Volljährigkeit aus einem bloßen Ereigniß, und somit lediglich aus dem Gesetz, nicht aus einer individuellen Handlung zu fließen, wonach es also auch für ein späteres Gesetz revocabel sein müßte. Dem ist aber keineswegs so. Es ist bereits bemerkt, daß die Geburt zwar für das Kind selbst nur ein Erzeugtsein, ein Ereigniß, für die Aeltern aber eine Erzeugung und also eine freie Handlung darstellt. Was hierbei somit ein Sein seitens des Kindes ist, ist ein Wollen und Thun seitens der Aeltern, und vermöge der in dem Familienrecht vorhandenen unmittelbaren Willensidentität der Personen sind daher die für das Kind an das Sein geknüpften gesetzlichen Rechte zugleich als durch seine individuelle Willensaction vermittelte vorhanden.

Es erhellt von selbst, wie ebenso die Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch den Vater, die anscheinend gleichfalls nur ein aus der Handlung eines Dritten fließendes Recht darstellt, wegen dieser unmittelbaren Willensidentität als die identische Willensaction des Kindes angesehen werden muß, und daher weder durch einen spätern Willen des Vaters, noch durch ein späteres Gesetz, noch durch ein solches mit Zustimmung des Vaters widerrufen werden kann.

An die auf derselben ideellen Grundlage beruhende Lehre von der Personenrepräsentation ist bereits erinnert worden.

Was daher von dem Kinde oder dem Sklaven dem Paterfamilias einmal erworben worden ist, kann ihm, obwol es zunächst als ein aus der Handlung eines Dritten und somit aus dem Gesetz ihm zufließender Erwerb erscheinen könnte, dennoch durch kein Gesetz, welches Sklaverei, väterliche Gewalt u. s. w. ganz abschafft oder aber jene Repräsentation aufhebt, rückwirkend entzogen werden, weil es vermöge derselben als durch seine eigenen individuellen Handlungen erworben gilt.

B. Ungewollte Handlungen, dolus, Zwang, echter und unechter Irrthum, ignorantia juris et facti. Die ädilicischen Klagen und Condictionen.[1]

a. Rechte, welche zwar nicht aus Handlungen dritter Personen, aber auch nicht aus den eigenen Handlungen, sondern vielmehr

[1] Die hier sub B vorliegende Ausführung über Handlungen aus mangelndem Willen, Zwang, Betrug und Irrthum im Beweggrunde kann zunächst als ganz überflüssig erscheinen, da ja Gesetze hierüber das Individuum immer nur durch Vermittelung einer individuellen Handlung berühren können, die Rückwirkung derselben also schon durch das im §. 1 formulirte Princip ausgeschlossen ist. Allein da in allen den genannten Fällen Wille und Handlung sich spalten und der Wille des Individuums seiner äußern Handlung entgegensteht, andererseits aber nach der hier entwickelten Theorie Rechte dem Individuum nur durch seine Willensaction erworben werden können, so würde man es gerade bei einer solchen tiefern Betrachtung für einen innern Widerspruch in der Theorie halten können, daß dem Individuum hier Rechte durch seine gerade nicht gewollte, nur äußerliche Handlung erworben werden sollen. Denn dann wäre nicht der Wille das erwerbende Moment, und daher eigentlich nicht abzusehen, woraus das Erworbensein bei der gegenwärtigen Theorie eigentlich fließen sollte. Würde man also auch zugeben, daß auf durch Zwang, Betrug und Irrthum hervorgerufene Handlungen durch spätere Gesetze nicht eingewirkt werden kann — obgleich auch hierüber verschiedene Meinungen bei den Autoren herrschen —, und würde man auch weiter zugeben müssen, daß dies auch durch die Formel unsers Princips allerdings äußerlich bestimmt werde, so würde man doch dies Zusammentreffen für ein

gegen dieselben vom Gesetze gegeben werden und daher lediglich aus diesem zu entspringen scheinen, können sich bei näherer Betrachtung als auf dem Dasein der individuellen Willensfreiheit beruhend und als durch sie vermittelt erweisen, und können dann in strenger Consequenz des obigen Begriffs durch spätere Gesetze nicht abgeändert werden.

Dies tritt ein bei der Nichtigkeit, welche Gesetze über Willenshandlungen wegen mangelnden Willens (Irrthum in der Person, error in corpore, error in substantia) aussprechen. Es ist im Falle eines solchen Vertrags ein anderes gewollt, ein anderes gethan worden. Seine äußere Handlung würde freilich dem Individuum kein Recht auf die Nichtigkeit des Vertrags, sondern nur auf seine Aufrechthaltung geben können. Aber die derselben entgegenstehende innere Willensaction gibt ihm ein solches gegen die Handlung als eine ungewollte. Wenn man daher ein späteres, das Vorhandensein eines solchen error in substantia etc. einschränkendes Gesetz auf einen frühern Vertrag anwenden wollte, so würde hierdurch die Rückwirkung eintreten, daß ein vom Individuum Nichtgewolltes ihm nachträglich durch das spätere Gesetz in ein Gewolltes verkehrt und befestigt würde.

b. Analoger Natur sind die Rechte, welche scheinbar aus den Handlungen dritter Personen, und somit aus dem Gesetz, dem Individuum entspringen, ihm in der That aber gleichfalls durch die Wirkung seiner eigenen Willensfreiheit vermittelt sind.

---

nur äußerliches und gerade im Widerspruch zu der innern Bedeutung der Theorie vorhandenes betrachten können. — Sollte es also ernst genommen werden mit den Anforderungen, die man für eine Theorie stellen muß, so mußte auch dieser Schein beseitigt und gezeigt werden, wie es in der That nicht die äußere Handlung des Individuums, sondern vielmehr die innere Willensaction desselben ist, welche ihm dies Recht und zwar gerade gegen seine äußere Handlung erwirbt. Freilich war hierzu erforderlich, die gegenwärtig über Zwang, Betrug und Irrthum herrschenden irrigen Ansichten zu beseitigen, was wiederum nur durch eine, wenn auch möglichst knappe organische Entwickelung dieser Lehre aus dem Willensbegriff heraus erreicht werden konnte. — Ferner war aber diese Entwickelung aus dem Innern der Theorie auch deshalb ganz erforderlich, um zu erklären, daß und warum auch auf die irrthümlichen oder unfreien Unterlassungen (s. C.) spätere Gesetze nicht zurückwirken könnten. Denn hier würde, wenn wir uns hätten mit dem blos äußern Zutreffen der Formel begnügen wollen, nicht einmal dieses Zutreffen derselben vorliegen, da bei Unterlassungen nicht einmal die äußere individuelle Handlung dasein würde, durch welche die Einwirkung neuer Gesetze ausgeschlossen wäre. Endlich aber war die Entwickelung auch noch deshalb nothwendig, um zu zeigen, warum ohne jede innere Inconsequenz für die durch dolus hervorgerufenen Handlungen trotz der delictartigen Natur des dolus ein anderes gelten müsse, als das Gesetz, was sich uns später bei den Obligationen aus Delicten ergeben wird.

Hierhin gehört zunächst die vom Gesetz gegebene Klage, Einrede oder Restitution wegen Zwanges.[1]

Wird ein Individuum zu einem Acte gezwungen, so scheint derselbe zunächst dennoch als eine Aeußerung seines Willens gelten zu können. Denn das Individuum konnte sich dem Zwange widersetzen oder das Angedrohte erdulden. Der Zwang kann hiernach somit als ein bloßes Motiv des Willens, nicht als seine Ausschließung, erscheinen (coactus volui).[2]

---

[1] Savigny hat im dritten Bande seines Systems (und Beilage VIII daselbst) mit großem Scharfsinn der Lehre vom Zwang, Betrug und Irrthum eine Gestalt gegeben, welche durch ihn zur herrschenden Ansicht geworden ist. Indem er richtig nachwies, daß der factische Irrthum im Beweggrund nicht überall, sondern nur in bestimmten Fällen helfe, kam er zu dem irrigen Resultate, nur in der unabsichtlichen Willenserklärung einen mangelnden Willen zu erblicken, aber selbst in jenen Fällen, wo der Irrthum hilft, dies nicht als einen Ausfluß mangelnden Willens, sondern als eine äußere Billigkeit anzusehen, und ferner ebenso Zwang und Betrug nicht als das Dasein des freien Willens aufhebend, sondern die dagegen gegebenen Rechtsmittel als einen blos positiven Rechtsschutz gegen Unsittlichkeit aufzufassen. Auch ist diese seine Lehre in allen ihren Theilen allgemein angenommen worden, z. B. von Puchta, Vangerow, auch Böcking u. s. w. Gleichwol müssen wir uns gegen dieselbe mit Ausnahme des vorhin als richtig bezeichneten Punktes — dessen innere Bewandtniß sich später herausstellen wird — mit voller Bestimmtheit erheben und sie als eine solche bezeichnen, welche lediglich der Verkennung des Willensbegriffes entflossen ist. In Bezug auf Zwang und Betrug würde sich die Ansicht Savigny's schon durch die kurze Bemerkung widerlegen lassen, daß Unsittlichkeit im Gebiete des Willens gar nichts anderes heißt als: Aufhebung seiner Freiheit und eine andere Art von Unsittlichkeit gegen den Willen gar nicht existirt. Die wahre Widerlegung jedoch kann nur durch die organische und constructive Darstellung gegeben werden, welche, von nichts als dem Willensbegriff beginnend, alle jene Rechtsinstitute mit ihren Ausnahmen und Einzelheiten als nothwendige Folgen des Willensbegriffs zu entwickeln und sie so in denselben aufzulösen vermag. Nicht also in den Bemerkungen, in welchen wir hin und wieder, obwol so selten als möglich, auf Savigny ausdrücklich kritisch Bezug nehmen werden, sondern vielmehr in der nachfolgenden objectiven Darstellung erblicken wir seine wahrhafte Widerlegung.

[2] L. 21, §. 5 quod metus (4, 2): Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si *liberum* esset, *noluissem, tamen coactus volui;* sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuitur. Es wird also immerhin selbst bei dieser Auffassung Restitution gegen die Handlung ertheilt. — Gewiß aber kann nicht mit Savigny (III, 103) hierher bezogen werden die L. 22 de ritu nupt. (23, 2): Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. Der Grund muß aus dem Obigen in Verbindung mit dem sub A Gesagten klar sein. Denn wenn der Vater auch hierzu kein Recht hat (L. 21, ib.), so läßt es doch die in der Familie herrschende Identität, verbunden mit dem auch hierbei dem Vater zustehenden

Bei der richtigen Erfassung des Begriffs des freien Willens verhält es sich aber damit folgendermaßen.

Der Begriff des Willens ist: individuelle Selbstbestimmung. Diese Selbstbestimmung hat aber aufgehört, wenn ein zweites Individuum, in rechtswidriger[1] Weise in dieselbe eingreifend, das erste aus einem sich selbst bestimmenden Selbst in ein durch fremden Willen bestimmtwerdendes verwandelt. — Ist dagegen die Furcht nicht durch eine fremde Drohung hervorgerufen, sondern aus dem eigenen Denken des handelnden Individuums hervorgegangen, so ist jetzt ersichtlich, warum sie keine die Willensfreiheit aufhebende und somit auch keine den Vertrag entkräftende Wirkung haben kann. Denn als durch die eigene Denkoperation des Individuums gesetzt, erscheint sie als seine eigene willkürliche Selbstbestimmung und wird darum zum gleichgültigen Motiv derselben.[2] Soweit also ein Gesetz Rechtsmittel gegen die durch erlittenen Zwang hervorgerufenen Acte an die Hand gibt[3], so weit be-

---

Autorisationsrecht, zu keinem solchen Gegensatz kommen, daß ein Bestimmtsein eines fremden Selbst durch ein fremdes Selbst und also ein Zwang vorläge.

[1] Also nicht dadurch, daß ich mich an die eigene Vernunft des Individuums, also doch nur an seine Selbstbestimmung wende, durch Belehrung, Ueberzeugung u. s. w., und ebenso wenig durch eine unerhebliche oder unwahrscheinliche Drohung, weil eine solche schon durch die bloße Vernunft des Individuums — und diese wird beim Zwange ja unberührt gelassen — der die Selbstbestimmung aufhebenden Einwirkung entkleidet wird.

[2] Wenn also Savigny (III, 108), um zu beweisen, daß der Zwang die Willensfreiheit nicht aufhebt, sagt: „Wenn die Freiheit durch Furcht ausgeschlossen würde, so müßte es ganz gleichgültig sein, ob diese Furcht durch das bloße Denken des Fürchtenden allein, oder durch fremde Drohung entstanden wäre, da in beiden Fällen der Seelenzustand des Fürchtenden derselbe ist", so zeigt sich dieser Trugschluß als auf einer gänzlichen Verkennung des formellen Willensbegriffes, der nur der der individuellen Selbstbestimmung ist, beruhend.

[3] Die formelle Verschiedenheit der sehr mannichfaltigen dagegen gegebenen Rechtsmittel zu untersuchen, liegt natürlich außer dem Kreis der hier möglichen Betrachtung. Nur so viel mag hier im allgemeinen sowol für Zwang als Betrug bemerkt werden, daß die Verschiedenheit dieser Rechtsmittel niemals ihren Grundcharakter aufhebt, Ausflüsse der gesetzlichen Anschauung mangelnder Willensfreiheit, i. e. mangelnder Selbstbestimmung, im erzwungenen oder durch Betrug entstandenen Vertrag zu sein. Wenn der durch wesentlichen Irrthum (mangelnden Willen) entstandene Vertrag ipso jure nichtig ist, der durch Zwang und Betrug hervorgerufene aber nicht, hier vielmehr zur Umstoßung desselben eine besondere Klage auf Rescission angestellt werden muß, so kann das auf den ersten Blick dafür zu sprechen und daher zu kommen scheinen, daß das Römische Recht keine mangelnde Willensfreiheit in dem durch Zwang oder Betrug hervorgerufenen Vertrag erblickt, hier vielmehr durch eine besondere positive Handlung jene freiwillige Vertragshandlung erst beseitigt werden muß. Dieser täuschende Schein muß aber bei näherer Betrachtung verschwinden. Denn da ich dem durch

ruhen dieselben allerdings auf der Auffassung des Gesetzes vom Dasein der individuellen Willensfreiheit.

Es liegt somit bei einer nach den gesetzlichen Requisiten zur Zeit der Handlung erzwungenen Willensäußerung kein sich selbstbestimmender und somit ein unfreier, kein wahrhafter Wille vor. Wenn dies der theoretische Ausdruck der Sache ist, so kann sie praktisch so ausgedrückt werden: Der Gezwungene hat nicht die Handlung begehen, sondern sich nur durch den Schein derselben der angedrohten Gefahr entziehen wollen, auf die ihn restituirenden Gesetze rechnend (... timore coactus *fallens* adierit hereditatem).[1] Die Anwendung späterer die Requisite des Zwangs erschwerender Gesetze würde daher wie bei B. a. ein vom Individuum Ungewolltes und durch seine freie Selbstbestimmung Widerrufliches in ein Gewolltes befestigt werden.

c. Analog verhält es sich mit den wegen dolus gegebenen Rechtsmitteln, sei es, daß diese in Klagen, Einrede oder Restitution bestehen.

Betrug oder Zwang entstandenen Vertrag, wo dies für meinen praktischen Zweck hinreicht, auch mit der bloßen *exceptio* doli etc. begegnen kann, so ist hierin bewiesen, daß ich ihn, auch ohne ihn durch Umstoßung äußerlich zu beseitigen, als einen für mich nicht vorhandenen behandeln kann. Der wirkliche Grund, weshalb bei mangelndem Consens der Vertrag schlechthin nichtig ist, bei Zwang und Betrug aber nicht, und hier seine Umstoßung erst durch die Rescissionsklage erfolgt, ist vielmehr ein gerade dem Begriffe von der Willensfreiheit entflossener und zwar folgender: bei mangelndem Consens liegt ein gegenseitiges Mißverstehen und daher von beiden Seiten kein Wille vor. Dieser Vertrag muß daher plane nichtig sein. Bei dem durch Zwang oder Betrug entstandenen Vertrag dagegen liegt seitens des Betrügers u. s. w. eine überall durch seine eigene Selbstbestimmung gesetzte Handlung vor. Für ihn muß dieselbe daher als Dasein seiner Willensfreiheit schlechthin verbindlich bleiben, wenn der Betrogene durch geänderte Umstände hieran Interesse hat. Und nur diesem kann es, da nur seine Selbstbestimmung aufgehoben worden ist, zustehen, den so entstandenen Vertrag als nicht vorhanden anzusehen (exceptio) oder auch äußerlich durch Rescissionsklage umzustoßen. Wird also der Begriff der Willensfreiheit bestimmt, als der der individuellen Selbstbestimmung, gefaßt, so erfordert er gerade diese verschiedene Behandlung des Falls. — Wohl aber liegt darin, daß der Betrogene oder Gezwungene nicht zu einer Klage auf Schadloshaltung gegen die unsittliche Handlung des andern genöthigt ist (actio doli etc.), diese vielmehr nur subsidiarisch hat, und vor allem mit der gewöhnlichen Contractsklage auf Umstoßung des ganzen Geschäfts klagen kann (L. 11, §. 5, de act. emt. vend.; L. 5, 8, 10 C. de resc. vend.; L. 10 C. de distr. pign.; L. 23 loc. cond. etc.), ein sehr starker Beweis dafür, daß hier nicht von einer durch positive Gesetze eingeführten Abwehr eines aus der positiven unsittlichen Handlung eines Dritten entspringenden Schadens, sondern von einer durch ihre eigene Willenslosigkeit vermittelten Unwirksamkeit der eigenen Handlung des Individuums die Rede ist.

[1] L. 6, §. 7, de adquir. vel omitt. her. (29, 2).

Der Betrug besteht darin, daß in dem handelnden Individuum von einem andern absichtlich ein Irrthum in Bezug auf eine seinen Willen bestimmende Thatsache hervorgebracht wird. Zunächst kann wiederum die so erregte falsche Vorstellung als ein bloßes Motiv des Willens und als somit das Dasein eines freien Willens selbst nicht antastend erscheinen.

Und dies würde im allgemeinen wirklich der Fall sein, wenn die falsche Vorstellung nicht durch die andere Person erregt worden ist, wenn also Irrthum, nicht Betrug, vorliegt. [1]

Wo aber durch ein anderes Subject ein falsches Bewußtsein in dem Individuum herbeigeführt wurde, da ist es von jenem an der Wurzel seines Willens, dem Wissen, gefaßt (s. oben S. 48 fg.) und aus einem Sichselbstbestimmenden in ein von dem andern Subjecte unfrei Bestimmtseiendes herabgesetzt, und diesem gegenüber also von einer Willensfreiheit des Handelnden nicht mehr die Rede. [2]

---

[1] Parallel wie oben beim Verhältniß der bloßen Furcht zum Zwang.

[2] Wohl aber leitet sich ein Unterschied zwischen Betrug und Zwang sofort aus der obigen Begriffsbestimmung ab. Beim Betruge ist die eigene Selbstbestimmung dadurch aufgehoben worden, daß nicht der Wille unmittelbar, sondern das denselben bestimmende Wissen — und erst hierdurch der Wille selbst — durch die falsche Vorspiegelung von dem fremden Subject zu einem durch seine Willkür bestimmten herabgesetzt worden ist. Indem sich die Einwirkung hier also nicht unmittelbar auf den Willen wandte, kann es erscheinen in der Freiheit des Individuums gestanden zu haben, durch einen bloßen Act seines Willens (sorgfältigere Untersuchung) den das Wissen täuschenden falschen Schein zu beseitigen. Daß dies nicht geschah, kann als die eigene Willkür des die Täuschung seines Bewußtseins zulassenden Individuums erscheinen. Wird daher die Anschauung der Willensfreiheit in consequentester Sprödigkeit schlechthin nur in das Dasein eigener Willkür gesetzt und dies so weit festgehalten, daß auch das Nichtwissen, sofern es nur auf eigener Willkür beruht, als ein gültiges Dasein persönlicher Willkür und Selbstbestimmung erscheint —, so wird in Bezug auf den durch Betrug hervorgerufenen Vertrag ein Doppeltes eintreten müssen. Er wird gültig und ungültig zugleich sein. Den am Betruge schuldlosen Contrahenten gegenüber wird der Vertrag als gültig erscheinen, weil ihnen gegenüber die individuelle Selbstbestimmung des Handelnden nicht aufgehoben war, in Bezug auf sie vielmehr der Vertrag durch des Handelnden eigene und durch sie nicht hervorgerufene Willkür, sein Wissen irreleiten zu lassen, gesetzt erscheint. In Bezug auf den Betrüger aber muß er ungültig sein, weil ihm gegenüber die Handlung nach ihrer im Text entwickelten objectiven Natur zu betrachten ist, als eine durch die Bestimmung des fremden Selbst gesetzte Bestimmtheit, nicht Selbstbestimmung des Individuums. D. h. also: der Betrug wirkt nur *in personam*, nicht *in rem*. Man kann dies in einer später klarer werdenden Analogie mit einer nachfolgenden Erörterung auch so ausdrücken: Der bei dem Betrug obwaltende Irrthum wird dem Betrüger gegenüber zu einem unverschuldeten, dem dritten schuldlosen Contrahenten gegenüber aber zu dem verhältnißmäßig verschuldeten sich haben irre-

Alle wegen dolus gegebenen Rechtsmittel, auch die Restitutionen, können daher aus demselben Grunde wie bei a und b lediglich nach den zur Zeit der durch den dolus hervorgerufenen Handlung geltenden Gesetzen beurtheilt werden. Wir sagen: zur Zeit der hervorgerufenen Handlung, nicht: zur Zeit des verübten *dolus*. Denn beim dolus ist sehr gut denkbar, daß er selbst und die Handlung, die er zur Folge hat, zeitlich auseinanderfallen, sodaß in der Zwischenzeit ein Gesetzwechsel stattgefunden haben kann. Daß es aber dann nur auf die Gesetze zur Zeit der Handlung ankommen kann[1], ergibt sich daraus, daß

---

führen zu lassen. — Allein diese negative Selbstbestimmung gewährt doch nur den Schein einer wirklichen Selbstbestimmung, oder richtiger, wie sich schon aus genauer Betrachtung des Gesagten überall ergibt, diese Selbstbestimmung ist keine reale, sondern nur eine relative. Nur im Vergleich seines Verhältnisses zum Betrüger selbst mit seinem Verhältniß zum schuldlosen Contrahenten ist sie bei dem Betrogenen, diesem schuldlosen Contrahenten gegenüber, vorhanden. Denn blos für sich betrachtet, erscheint die Handlung nur als nicht selbstbestimmt und also nicht gewollt; nur in der relativen vergleichenden Inbezugsetzung ihrer auf die Person des Betrügers im Verhältniß mit ihrer Beziehung auf die Person des schuldlosen Contrahenten und seiner gar nicht vorhandenen Einwirkung, also nur durch diese Relativität und Unterscheidung, wird die Handlung letzterm gegenüber zu einer relativ selbstbestimmten. Fällt aber der Schwerpunkt dieser persönlichen Relativität, indem der Betrüger rechtlich nicht mehr in Betracht gezogen werden kann, überhaupt fort, d. h. wird der Betrüger zahlungsunfähig, so muß der für sich seiende objective Charakter der Handlung wieder zum Vorschein kommen, und das in diesem Falle von dem Eingreifen der materiellen Rechtsidee (aequitas) in den Rechtsformalismus (jus) gegebene Rechtsmittel der Restitution muß dann, auch dem schuldlosen Contrahenten gegenüber wirkend, auch beim dolus eine actio in rem erzeugen (L. 3, §. 1, de eo per quem factum etc., 2, 10).

Beim Zwang ist, wie auf der Hand liegt, für alle diese Unterscheidungen gar kein Raum vorhanden. Denn die Drohung, d. h. die angedrohte Gefahr, konnte das Individuum nicht wie die Täuschung durch einen Willensact abwehren. Wo dies der Fall wäre, würde nur unerhebliche Drohung oder Drohung einer ungegründeten Gefahr, also gar kein gesetzlicher Zwang vorliegen. Der Zwang also wirkt deshalb stets in rem (L. 14, §. 3, quod metus causa, 4, 2; L. 4, §. 33, de doli mali et met. exc. 44, 4; L. 3, 5 Cod. de his quae vi metusve causa, 2, 20), nicht um seiner größern Gefährlichkeit willen, wie Savigny (S. 117) meint, die wegen der größern Häufigkeit und Leichtigkeit des Betrugs sehr problematisch erscheinen kann und womit sich auch die gerade der actio doli zugeschriebene Entehrung schlecht verträgt, sondern um des angegebenen dialektischen Unterschiedes willen, der nur beim Betrug und nicht beim Zwang platzgreift.

[1] Hieran wird niemand zweifeln wollen, und dennoch würde dies schwerlich möglich sein können nach Savigny's Theorie vom dolus, nach welcher die gegen dolus und Zwang gegebenen Rechtsmittel nicht dem Dasein der Willensfreiheit entfließen, sondern nur ein positiver äußerer Rechtsschutz gegen Unsittlichkeit sind. Wäre dies der Fall, so könnten die spätern Gesetze zur Zeit der durch dolus bewirkten Handlung, namentlich wenn sie mehr oder wirksamere Mittel zur Aufhebung

erst bei der Handlung durch die von derselben verschieden gedachte wahrhafte Willensaction des Betrogenen ihm die Rechtsmittel gegen sein äußeres unfreies Thun erworben sind.[1]

der Handlung an die Hand geben, als die Gesetze zur Zeit des verübten dolus, auch dem Verüber des dolus selbst gegenüber nicht in Anwendung kommen, weil sie dann nach Art der Strafbestimmungen aufzufassen wären und also nicht rückwirken könnten, der Verüber des dolus auch behaupten könnte, daß seiner, wenn auch dolosen, Handlung die Wirksamkeit verbleiben müßte, deren sie nach den Gesetzen zur Zeit derselben fähig war.

Und umgekehrt könnten dann infolge der bisherigen Ansicht, nach welcher die Obligationen aus Delicten stets nach den zur Zeit des Delicts geltenden Gesetzen zu beurtheilen sind, die in der Zwischenzeit zwischen dem dolus und der infolge desselben eingetretenen Handlung erlassenen, den Schutz gegen dolus vermindernden Gesetze gleichfalls nicht zur Anwendung kommen wegen der delictartigen Natur des dolus. — Können gleichwol nur die Gesetze zur Zeit der durch den dolus erwirkten Handlung, nicht die Gesetze zur Zeit des dolus platzgreifen, so ist das eine sehr deutliche praktische Bestätigung, daß die Ungültigkeit nicht Wirkung eines äußern positiven Rechtsschutzes gegen Unsittlichkeit, sondern durch die bei der Handlung nicht vorhandene Willensfreiheit gesetzt ist.

[1] Erst bei der obigen Analyse ist nun in einer wahrhaft consequenten und befriedigenden Weise ersichtlich, warum auch die Restitutionen wegen Zwang und Betrug — und nicht sie allein, sondern überhaupt alle Restitutionen — wahrhaft erworbene Rechte bilden; denn alle Restitutionen, sowol auch noch die wegen Irrthums, Minderjährigkeit und Abwesenheit, als auch die antiquirten wegen capitis diminutio und wegen alienatio judicii mutandi causa facta lösen sich, wie von der Restitution wegen Irrthums aus der nachfolgenden Betrachtung desselben sich ergibt, von den andern aber hier zu zeigen nicht der Ort ist — übrigens auch nunmehr von selbst auf der Hand liegt —, in die Grundidee der individuellen Willensfreiheit auf, die weder durch die eigene, noch durch die fremde ungewollte Handlung angetastet werden könne. Wird dies nicht so aufgefaßt, so ist in der That kein wirklich durchgreifender Grund vorhanden gegen die oft geäußerte Ansicht, daß die Restitution bloße Gnadensache sei und es ein auf sie zustehendes Recht nicht gebe; vgl. Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 7, 20, 40, 41 (Göttingen 1831), und Meyer, Principes sur les questions transitoires, S. 183 (Amsterdam 1813). Es ist daher nur consequent, wenn Meyer, weil das Recht auf Restitution nicht dem Contract selbst inhärent sei, und ebenso Weber (Rückanwendung positiver Gesetze, 1811, S. 54) ein die Restitutionen abschaffendes Gesetz auch auf die ältern Contracte einwirken läßt. Wenn Savigny (VIII, 443 fg.) die Statthaftigkeit hiervon leugnet und die Restitution für ein „wahres, erworbenes Recht" erklärt, das von dem Recht auf eine Klage oder Einrede „nur wenig in der Form verschieden sei", so ist dies zwar richtig, steht aber innerlich in einem nicht lösbaren Widerspruch mit seiner Auffassung von Zwang, Betrug und Irrthum als blos äußerer, in der Willensfreiheit nicht wurzelnder, positiver Rechtswohlthaten, ohne daß seine Ausführung von der Restitution als eines objectiven Gnadenactes (VII, 117) hierin etwas ändert. Denn wie Savigny hier selbst sagt, soll auch bei Verbrechern die „rechte Begnadigung" eine solche objective sein, die nur dann eintritt, „wo von einem höhern

d. Seine wirkliche Aufklärung empfängt dies Gebiet aber erst, wenn nach der Gültigkeit des einfachen Irrthums, sowie danach gefragt wird, wie nach dem Vorigen dennoch Willensfreiheit bei demselben vorhanden sein könne.

Wenn die Hervorbringung einer falschen Vorstellung über die den Willen bestimmende Thatsache im Handelnden die Willensfreiheit ausschließt, warum schließt die unabhängig von einem Dritten in ihm vorhandene falsche Vorstellung seine Willensfreiheit nicht aus? Es muß hier zuvörderst an den oben (S. 78) gegebenen Begriff erinnert werden: Willensfreiheit ist individuelle Selbstbestimmung. Jede falsche Vorstellung also, wenn sie die eigene Thätigkeit des Subjects ist, erscheint gleichfalls als seine individuelle Selbstbestimmung, erscheint somit als ein Act seiner Freiheit, und zwar gerade als die Gewähr seiner unbeschränkten willkürlichen Freiheit, nicht als die Aufhebung derselben.

Denn wir befinden uns hier ja in dem Gebiete der formellen Freiheit oder der Privatwillkür, wo auch der willkürliche Wille seine volle Gültigkeit hat. Das Subject ist hier nicht gezwungen, das Wahre zu wissen und zu wollen. Es hat auch das formell-willkürliche Recht sich um die Wahrheit nicht zu bekümmern, die Objectivität nicht zu untersuchen und sein Bewußtsein mit ihr nicht in Uebereinstimmung

---

Standpunkt aus die strenge Anwendung des Gesetzes als Unrecht erscheinen würde, mit Rücksicht auf die besondern Umstände des einzelnen Falles". Und doch würde es wol niemand einfallen, wenn heute die Gnadenbefugniß abgeschafft würde, zu behaupten, daß in Bezug auf die schon begangenen (noch nicht begnadigten) Verbrechen den Thätern ein Recht auf die Fortdauer jener Befugniß zustände. Savigny's richtiges juristisches Gefühl steht also hier mit seiner Theorie im offenen Widerspruch und zeigt nur, daß in derselben die wahre innerliche Wurzel der Restitutionen wegen Zwang, Betrug und Irrthum u. s. w. verkannt wird. — Wenn Meyer (a. a. O., S. 185) die sofortige Einwirkung eines die Restitutionen überhaupt abschaffenden Gesetzes auch damit begründet, daß dann ja gar keine Procedurform für dieselben gesetzlich gegeben sei, so würde Savigny aus seiner Theorie über die Rückwirkung heraus dies um so weniger widerlegen können, als vielmehr nach derselben in diesem Falle ja die Aufhebung eines ganzen Rechtsinstituts vorläge und somit allerdings nach ihm die aufhebenden Gesetze rückwirken müßten. Er befindet sich also auch hierbei, durch sein richtigeres Gefühl, wie im Widerspruch mit seiner Theorie vom Zwang, Betrug und den Restitutionen, so auch im Widerspruch mit seiner Theorie von der Rückwirkung.

Wenn Weber endlich sogar a. a. O. ein die Restitutionen einführendes oder erweiterndes Gesetz auf frühere Verträge anwenden will, so erledigt sich dies schon durch die einfache Betrachtung, daß dann seitens des andern Contrahenten der Fall vorläge, daß spätere Gesetze auf seine frühere individuelle Handlung verändernd einwirken.

zu setzen. Diese Sorglosigkeit ist also eine ihm zustehende Selbstbestimmung des Individuums, und deshalb ist die falsche Vorstellung, die es selbst sich bildet, weil eigene Thätigkeit seines Geistes, auch als seine individuelle Selbstbestimmung und somit als Dasein seines freien Willens aufzufassen. Hiermit ist also nachgewiesen, wie, wenn ein anderes Subject rechtswidrig bestimmend in den Willen des Individuums eingreift (Betrug und Zwang), von dem Dasein eines freien Willens des letztern nicht mehr die Rede sein kann, während die selbst producirte falsche Vorstellung vielmehr ein Dasein individueller Selbstbestimmung ist und daher als solche den freien Willen noch nicht aufhebt.

Vergleichen wir die bei einer Willenshandlung concurrirende falsche Vorstellung mit dem oben (B. a.) betrachteten Falle des mangelnden Willens, so ist zunächst der Unterschied folgender: dort ist der obwaltende Irrthum derart, daß der Inhalt des Wollens selbst und der Inhalt des Thuns auseinanderfallen und andere gegeneinander sind, wonach also eine ungewollte äußere Handlung vorliegt, die um des nicht vorhandenen Willens halber kein gültiges Dasein hat, wie z. B. wenn ich eine andere Person heirathen wollte und eine andere geheirathet habe, oder wenn ich Wein kaufen wollte und Essig gekauft habe.[1]

Anders wenn ich einer Person etwas schenkte, um sie für irrigerweise vorausgesetzte Dienste, die sie mir in der That nicht erwies, zu belohnen[2], oder wenn ich eine Sache um ihres irrigerweise von mir angenommenen Werthes willen kaufte und sie diesen Werth nicht hat; denn hier wollte ich eine bestimmte Person beschenken und eine bestimmte Sache kaufen, und habe diese bestimmte Person beschenkt und diese bestimmte Sache gekauft. Wollen und Thun waren hier also identisch, und nur der Beweggrund, der zum Wollen antrieb, war ein irriger.

Hieraus hat man also die Regel entwickelt, nur auf den Inhalt des Willens und ob er mit dem Thun identisch sei, nicht auf den Beweggrund des Willens käme es an.

Dies ist zwar, wie wir soeben sahen, von einer gewissen Richtigkeit. Allein es darf hierbei nicht stehen geblieben werden. Es muß vielmehr sofort weiter gegangen und gesagt werden: die Beweggründe können zu dem Inhalt des Willens in einem solchen Verhältnisse stehen, daß sie ihn decken und mit ihm identisch sind — in welchem Falle dann bei einem Irrthum in den Beweggründen zu einer Handlung ein mangelnder Wille zur Handlung selbst vorliegt —; sie können aber auch als ihn nicht deckend und mit ihm nicht identisch erscheinen. Mit andern Wor-

[1] L. 9, de contr. emt. (18, 1).
[2] L. 65, §. 2, de cond. indeb. (12, 6).

ten: die Beweggründe — und ihre die Entschließung entscheidende Einwirkung — stehen in einem rein **quantitativen** Verhältniß zum Willen selbst.

Hieraus entspringt erstens, daß, was ein Irrthum in den Beweggründen ist, auch als ein Irrthum in dem Inhalt des Willens — in der vollzogenen Handlung — sich darstellen kann, sowie umgekehrt auch was als ein Irrthum im Inhalt des Willens ausgedrückt werden kann, wieder nur als ein bloßer Irrthum in den Beweggründen erscheint, oder daß der unechte Irrthum (wie Savigny den error in persona, in corpore und in substantia zusammenfaßt) und der echte Irrthum, soweit ihn nämlich das Gesetz als wirksam anerkennt, eine durchaus ineinander übergehende Natur haben.

Dies zeigt sich z. B., um zuvörderst den echten Irrthum zu betrachten, bei den vorausgesetzten Eigenschaften, um derentwillen ich einen Gegenstand kaufe. Außer in sehr wenigen Fällen ist im Römischen Recht der Irrthum in den Eigenschaften wirkungslos, weil er als bloßer Irrthum im Beweggrund gedacht wird. Kaufe ich aber eine Sklavin statt eines Sklaven, so soll (auch ohne Verschulden des Verkäufers) der Irrthum wirksam, und zwar ein echter, wesentlicher Irrthum sein.[1] Der Grund soll, wie Savigny mit Recht angibt, darin liegen, daß, weil Sklavinnen nur zur häuslichen Arbeit, Sklaven aber zur Feldarbeit und Fabriken benutzt werden konnten, hier nicht ein bloßer Irrthum im Beweggrund, sondern durch die ganz verschiedene Benutzungsart ein Irrthum in der gekauften Sache selbst vorliegen soll.[2] Es läßt sich in der That sagen, daß ich hier eine ganz andere Nutzbarkeit gekauft habe, als ich kaufen wollte. Allein einerseits stellt die Benutzungsart doch wiederum nur einen Beweggrund des Kaufens dar, und andererseits, wenn ich umgeschlagenen Wein statt guten kaufe, so liegt kein wirksamer Irrthum vor[3], und doch ist der Unterschied in der Benutzungsart und somit in der Sache hier, da umgeschlagener Wein höchstens zum Kochen verbrauchbar oder gar nicht verbrauchbar sein wird, noch weit größer als bei Sklaven und Sklavinnen.

Wenn Sejus mir ein Darlehn gibt, von dem ich glaube, daß es von Gajus kommt, so entsteht keine Darlehnsobligation (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest).[4] Hierin wird vielmehr mit Recht ein Irrthum in der Person, d. h. ein unechter Irrthum, ein mangelnder Wille erblickt (siehe Savigny, III, 270). In der That wollte

---

[1] L. 11, §. 1, de contr. emt. (18, 1).
[2] Savigny, a. a. O., III, 282.
[3] L. 9, §. 2, de contr. emt. (18, 1).
[4] L. 32, de reb. cred. (12, 1).

ich mit dieser Person gar nicht contrahiren. Das Geld aber kann Sejus doch nur mit einer für den Irrthum im Beweggrund gegebenen Klage, mit einer condictio ob causam datorum wiederfordern (der Iuventiana condictio). In der That hat Sejus nur einen Irrthum im Beweggrund begangen und nur um deſſentwillen kann er überhaupt zurückfordern; denn er kann das Geld, deſſen er ſich freiwillig entäußert hat, nur zurückfordern, weil bei dieſer Entäußerung ſein Beweggrund nicht der war, mir zu ſchenken, ſondern der, mir zu leihen.

Die Fälle, in welchen Anfechtungsklagen wegen eines irrigen Beweggrundes gegen ein Rechtsgeſchäft gegeben ſind — die ädiliciſchen Klagen und die Condictionen —, ſollen als rein poſitive Ausnahmen erſcheinen.[1] Die ädiliciſchen Edicte verfügen, daß der Käufer von Sklaven und Vieh bei gewiſſen, nicht in die Augen fallenden Fehlern (vitium und morbus) auch gegen den venditor ignorans den Kauf aufheben könne, und dies wurde ſpäter auf alle Arten von Sachen, bewegliche wie unbewegliche, ausgedehnt. So kann alſo z. B. ein Sklave, deſſen Gewohnheit es iſt, ſeinem Herrn zu entfliehen oder auch nur umherzulaufen (fugitivus errove), oder ein krankes Thier von dem Käufer zurückgegeben werden. Aber es liegt auf der Hand, daß dieſer Irrthum in den Beweggründen des Kaufs vielmehr ein Irrthum in den Eigenſchaften des gekauften Gegenſtandes, und zwar wiederum ein Irrthum in der gekauften Nutzbarkeit iſt, ſodaß er alſo, ſollte er einmal aufhebende Wirkung haben, ebenſo gut wie der Irrthum beim Ankauf einer Sklavin ſtatt eines Sklaven als ein weſentlicher Irrthum (error in substantia) hätte behandelt werden können. Nicht alſo die Grundidee der ädiliciſchen Edicte ſelbſt, ſondern nur die zwei Arten von Sachen, auf welche ſie urſprünglich ihre Verfügung einſchränken, und die beſondere Form, in der ſie Abhülfe gewähren, bilden das Poſitive daran.[2]

[1] Savigny, a. a. O., III, 359.

[2] Dies zeigt ſich ja auch ganz deutlich an dem bereits angeführten Umſtande, daß die Beſtimmungen der ädiliciſchen Edicte durch die römiſche Jurisprudenz ſpäter auf die civilrechtlichen Contractsklagen und auf alle Arten von Gegenſtänden übertragen wurden. Und wenn Savigny (S. 359) in der Unzuläſſigkeit der Contractsklage für die Fälle der ädiliciſchen Klagen einen Beweis der bloßen Poſitivität derſelben ſieht, ſo muß vielmehr erwidert werden, daß dieſe Unzuläſſigkeit nicht einmal überall ſtatthatte. Denn in der L. 13, §. 1, de actionibus emti et vend. (19, 1), heißt es ausdrücklich: Item qui furem vendidit, aut *fugitivum*, *si quidem sciens* praestare debet, quanti emtoris interfuit non decipi, si quidem *ignorans fecit*, id tantum ex emti actione praestiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem. Dieſe Stelle gewährt alſo ihrerſeits einen ſtarken Beweis für die von uns entwickelte Anſicht; vgl. L. 11, §. 6 und 7, de act. emt. Und einen ebenſo ſtarken bietet die L. 19, locat. cond. (19, 2) dar, wo Ulpian ſagt: §. 1. „Si quis dolia vitiosa *ignarus* locaverit,

Wenn ich eine Summe zahle, weil ich sie schuldig zu sein glaubte, wenn ich eine dos vorausgezahlt habe und die Ehe dann nicht zu Stande kommt[1], wenn ich wegen abhanden gekommener Sachen dem Berechtigten eine Entschädigung zahle und die Sache dann wieder in seinen Besitz gelangt[2], so habe ich die *condictio* indebiti, die condictio ob causam datorum, die condictio sine causa. In der That ist in allen diesen Fällen das Verhältniß des Motivs zu der Handlung ein solches, daß die Handlung nur die einfache Ausführung des Motivs ist und durch den Irrthum in demselben die Art der Handlung sich ändert. Ich wollte zahlen, ich wollte eine dos constituiren, ich wollte entschädigen — und ich habe geschenkt. Nicht dies ist der Fall bei dem schon oben angeführten Beispiel, wenn ich wegen vorausgesetzter Dienste jemanden lohnen wollte und diese Dienste auf einem Irrthum von mir beruhten. Denn belohnen heißt rechtlich gleichfalls schenken, nur schenken aus einem bestimmten Grunde, und indem ich geschenkt habe, ist die rechtliche Art der Handlung dieselbe geblieben.[3]

Es geht also auch bei den Condictionen der Beweggrund dazu über, die gesammte Natur der Handlung zu erschöpfen und durch seinen Irrthum die geschehene Handlung zu einer ungewollten zu machen.[4]

---

deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, *nec ignorantia* ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur, hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, *si sciisti; si ignorasti, pensionem non petes;* et *ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.*" Am deutlichsten wird hier Savigny von dem zweiten Falle widerlegt, für welchen gerade sich Ulpian auf die Ansicht der alten Juristen beruft. Bei der Unwissenheit des Vermiethers soll hier, im Gegensatz zu dem ersten Beispiel, kein Ersatz des eingetretenen Schadens von ihm zu leisten sein. Der Fall wird also nicht einmal als culpa behandelt. Allein den Miethzins soll er doch nicht fordern können, und zwar soll ihm dieser durch bloße exceptio in der gewöhnlichen Contractsklage wegen Irrthums über die Brauchbarkeit des vermietheten Gegenstandes trotz des Contractes verweigert werden.

[1] L. 6, 7, 9, de condictione causa data c. non sec. (12, 4).

[2] L. 2, de condict. sine causa (12, 7).

[3] Irrthümlich würde man versuchen, eine Unterschiedenheit der Art in dieser Handlung etwa durch folgende Fassung herzustellen: Ich habe belohnen wollen — und habe verschleudert. Denn wie belohnen rechtlich nur heißt: schenken mit Grund, so heißt verschleudern nur schenken ohne Grund. Durch diese Ausdrucksweise wären also nur die Worte, nicht die Sache, geändert.

[4] Es ist hier der Ort, nachzuweisen, warum der Irrthum beim Kaufen oder Miethen über den Werth (Preis) einer Sache niemals den Kauf ungültig machen kann. Es wird sich dabei zeigen, daß der Irrthum über den Werth auch nicht einmal einen Irrthum im Beweggrund darstellt. Hiermit wird aber folg-

Die Frage also, ob die Beweggründe den Inhalt des Willens erschöpfen und, seine Entschließung bestimmend, sein Dasein selbst in

---

lich dargethan sein, daß man sich der Gleichgültigkeit, mit welcher alle Gesetzgebungen höchst vernünftigerweise den Irrthum über den Werth der Sache behandeln, durchaus nicht, wie Savigny überall thut (vgl. z. B. III, 345, 355), als eines gegen die Bedeutung des Irrthums im Beweggrund sprechenden Arguments bedienen kann.

Der Grund, weshalb die Gesetzgebungen den Irrthum im Werth (Preis) als einflußlos ansehen und ansehen müssen — obwol der Werth zunächst doch auch eine Eigenschaft der Sache und besonders nach heutigen Begriffen eine sehr wesentliche zu sein scheint —, beruht auf einem ökonomischen Gegensatz und Gedankengesetz, und wahrscheinlich deshalb haben ihn die Juristen nie zu begreifen vermocht, obwol das dunkle Gefühl der Völker ihm stets seine gehörige Wirksamkeit eingeräumt hat. Wer kaufen will, hat den Tauschwerth (Geld) in seiner Hand, und dessen will er sich gerade entäußern, um dafür einen bestimmten Nutzwerth zu bekommen (eine reale Sache, Holz, Fleisch, Werkzeug u. s. w.). Wenn also der Käufer nur die bestimmte Art von Nutzwerth (Brauchbarkeit) bekommt, die er wollte, so ist der Gedanke der Handlung erschöpft, der nothwendige Beweggrund des Käufers vollständig ausgeführt. Wie sich dieser reale Nutzwerth verhalten würde, wenn man ihn nicht benutzt, sondern wieder einmal auf sein Gegentheil, den Tauschwerth, beziehen wollte (verkaufen), das ist eine ganz außerhalb dieser Operation liegende und ihr ganz fremde Frage, die selbst durch die eigene Natur der Handlung ausgeschlossen erscheint; denn der Käufer zeigte in dieser, er wolle eben nicht Tauschwerth haben — diesen gab er vielmehr auf —, sondern Nutzwerth, dessen Dasein durch sein Verhältniß zum Tauschwerth nicht im geringsten berührt wird. — Dieser Grundsatz kann hart und drückend erscheinen, und darum vielleicht zu weichen anfangen in einer Zeit, wo durch die Gestaltung der ökonomischen Zustände, durch die Entwickelung von Handels- und Creditleben fast alle Dinge entweder wirklich immer und immer wieder aufs neue durch ihre Geldform hindurchkreisen, oder wo wenigstens die Fähigkeit derselben, sich mit dieser zu vergleichen, zu ihrem hauptsächlichsten Dasein geworden ist, zu einer Zeit also, wo die Wichtigkeit der realen Körperlichkeit der Dinge und ihrer Benutzbarkeit fast zu einem Schatten zu verblassen und dagegen der Schatten, die Figur, welche ein Ding bei der Beziehung auf ein außerhalb seiner liegendes Medium wirft — der Tauschwerth — zu seinem Körper zu werden anfängt; aber er bleibt darum nicht weniger streng logisch und juristisch.

Daß dies nun der wirkliche Grund ist, beweist sich ferner auch darin, daß, wenn ich einen Gegenstand kaufe, dessen Bestimmung es nicht ist, als Nutzwerth, sondern gerade immer als Tauschwerth zu figuriren, allerdings unter Umständen wegen mangelnden Tauschwerths ein für wesentlich erklärter Irrthum vorliegt. So bei den edeln Metallen, wenn ich Blei kaufe für Silber oder Bronze für Gold (L. 9, §. 2; L. 10; L. 14; L. 41, §. 1, de contr. emt. 18, 1). Die edeln Metalle haben eben die Bestimmung, daß sie nicht als reale Nutzwerthe, sondern stets nur als Träger von Tauschwerth in Betracht kommen. Dies ist aber nicht nur der Fall, wenn ich Silber und Gold in Barren kaufe, welche Handlung keinen andern Zweck haben kann, als diese Metalle wieder gegen andere Gegenstände umzusetzen oder für spätern Umsatz aufzuspeichern — wobei also stets

sich enthalten, oder die Frage nach dem Verhältniß der Beweggründe zum Wollen ist, wie wir sahen, eine quantitative. Und weil sie eine quantitative ist, so liegt hier, innerhalb dieser quantitativen Grenze, der

---

ihr Tauschwerth es ist, der die Absicht und den Beweggrund meiner Handlung ausmacht —, sondern ebenso wenn ich goldene und silberne Geräthschaften kaufe. Denn diese sind zur Pracht bestimmt, und Pracht ist wieder nur: Schaustellung von müßig liegendem Tauschwerth, sodaß ohne diesen auch der Gebrauch zur Pracht nicht möglich ist. — Diese Bestimmung über die edeln Metalle stellt also gleichfalls nicht eine Ausnahme, sondern eine consequente Fortführung des Gedankens dar.

Bin ich aber beim Ankauf einer Sache in ihrem Nutzwerth durch einen heimlichen Fehler verkürzt, so ist der Kauf allerdings ungültig, und dies besorgen eben die ädilicischen Klagen, z. B. wenn das gekaufte Grundstück an schädlichen Ausdünstungen leidet (Ulpian, L. 49 de aed. ed. 21, 1), oder eine vermiethete Weide nur schlechte Kräuter hervorbringt (Ulpian, L. 19 locat. cond. 19, 2, und L. 4 Cod. de aed. ed.), oder wenn ein Ochse stößig ist (Paulus, L. 43 de aed. ed.), oder wenn vermiethete Fässer schadhaft sind, sodaß sie den Wein durchlassen (L. 19 loc. cond.), oder mit einem Worte, wie Ulpian am richtigsten und allgemeinsten den Gedanken der Sache heraushebt: „proinde si quid tale fuerit vitii seu morbi *quod usum ministeriumque* hominis *impediat*, *id dabit redhibitioni locum*" (L. 1, §. 8, de aed. ed.); sodaß hiernach Savigny sehr unrecht hat zu sagen (III, 359), es seien die Klagegründe bei den ädilicischen Klagen „sehr eigenthümlich und willkürlich bestimmt". Sie entließen vielmehr, wie die zuletzt angeführten kategorischen Worte Ulpian's zeigen, durchaus dem zum Tauschwerth im Gegensatz stehenden Gedanken des Nutzwerths der Sache und erschöpfen denselben. Diesen Worten Ulpian's ist auf das richtigste und schärfste der Art. 1641 Code civil nachgebildet: „Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui *la rendent impropre à l'usage auquel* on la destine, ou qui diminuent tellement cet *usage* que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus." Es zeigt sich jetzt also als ein großer und folgenreicher Irrthum Savigny's, wenn derselbe (III, 355) als Princip aufstellt, der durch Irrthum veranlaßte Vertrag bleibe gleicherweise gültig, „der Irrthum möge nun den Werth oder die Brauchbarkeit des Gegenstandes betreffen" u. s. w., und hierauf dann die ädilicischen Klagen als eine bloße positive Ausnahme von dieser Regel betrachtet. Denn es ist jetzt evident, 1) daß man überhaupt die Gleichgültigkeit des Irrthums im Preise gar nicht einmal als Argument für die Gleichgültigkeit des Irrthums im Beweggrund gebrauchen kann, weil der Irrthum im Werth nachgewiesenermaßen durchaus keinen Irrthum auch nur im Beweggrund darstellt; 2) daß man überhaupt nicht so vom Irrthum im Werth und in der Brauchbarkeit des Gegenstandes als von parallelen Dingen sprechen und sie identificiren kann, da sie vielmehr Dinge von schlechthin entgegengesetzter Natur sind; 3) daß nicht das Princip gilt, wie Savigny will, der Irrthum in der Brauchbarkeit sei gleichgültig und die ädilicischen Klagen seien eine Ausnahme hiervon, sondern umgekehrt das Princip gilt: der Irrthum in der Brauchbarkeit des Gegenstandes entkräftet den Vertrag und einerseits die hierherschlagenden Fälle des wesentlichen Irrthums, andererseits die Einführung und doctrinelle Ausbildung der

Punkt vor, wo das Positive der verschiedenen Gesetzgebungen eingreifen und bestimmen wird, wo und wo nicht das Quantitative der bloßen

ädilicischen Klagen im Römischen Recht das Dasein und die Entwickelung dieses Princips sind.

Damit diese Demonstration vollständig sei, müßte noch erwiesen werden, daß die Rescisionsklage bei verkauften Grundstücken wegen Verletzung im Preis ultra dimidium durchaus nicht eine Ungültigkeit wegen Irrthums im Preise darstellt, in welchem Falle sie unsere obige Ausführung widerlegen würde. Dies Gesetz beruht aber vielmehr auf einem sittlich-ökonomischen Gedanken. Daß es nicht an einen Irrthum im Preise denkt, geht klar daraus hervor, daß dann der Käufer wie Verkäufer des Grundstücks dies Recht haben müßten. Ja dies müßte hier gerade nur für den Käufer gelten, da der Verkäufer seine Sache kennen muß. Gleichwol hat gerade nur der Verkäufer dies Recht; dasselbe beruht also gar nicht auf einem unterstellten Irrthum im Werth, sondern darauf, daß der Käufer die Noth eines Verkäufers nicht unsittlich misbrauchen soll. Es gehört nach seiner Grundanschauung zu den Wuchergesetzen. In Noth aber kann nur der Verkäufer sein, weil dieser, wie groß auch sein Reichthum an Nutzwerthen sei, sich in Verlegenheit wegen mangelnder Zahlmittel, die nur im allgemeinen Tauschwerth (Geld) bestehen, befinden kann. Bei dem Käufer aber, da dieser gerade mit dem allgemeinen Tauschwerth bewaffnet erscheint und diesen vielmehr gegen eine bestimmte Nutzbarkeit, deren Erwerb immer nur Sache der völlig freien Wahl ist, hingeben will, ist durch seine Lage selbst die Möglichkeit der Noth ausgeschlossen. (Es muß auch noch bemerkt werden, daß, wenn seitens des Käufers der Tauschwerth weder als Object noch Beweggrund der Handlung erscheint, weil er sich des Tauschwerths gerade entäußern will, um dafür Nutzwerth zu erlangen, dies nicht seitens des Verkäufers gilt. Dieser will vielmehr Nutzwerth in Tauschwerth verwandeln. Als sein Beweggrund und Object seines Willens erscheint also allerdings gerade dies, Tauschwerth an sich zu bringen, und ist er hierin — im Preise — wesentlich verkürzt, so erscheint die Rücksicht hierauf seinerseits keineswegs durch die logische Natur seiner Handlung ausgeschlossen, da er nicht wie der Käufer in dem verletzt ist, dessen er sich entäußern, sondern in dem, was er erwerben wollte.) Wie oft daher auch Glossatoren und juristische Schriftsteller, die ökonomische Natur der Sache miskennend, das berühmte Gesetz des Diocletian und Maximinian (L. 2 Cod. de resc. vend. 4, 44) auch auf den Käufer auszudehnen versuchten, so sind doch Gesetzgebungen durch ihren praktischen Takt stets davor bewahrt worden, und es ist uns nur eine einzige erinnerlich, welche jenes Misverständniß des römischen Gesetzes so weit trieb, es auch auf den Käufer ausdehnen zu wollen, das piemontesische Recht vor der französischen Revolution nämlich, welches, nach mehrfachen Entscheidungen des turiner Senats, durch eine Verordnung von 1770 ausdrücklich auch dem Käufer dies Recht beilegte.

Ganz anders aber verhält sich dies im Allg. Landrecht. Denn indem hier (Thl. I, Tit. 11, §. 58—69) gerade nur dem Käufer das Anfechtungsrecht wegen laesio enormis eingeräumt wird, erscheint dieselbe hier consequent aufgefaßt als ausnahmsweise Ungültigkeit wegen Irrthums im Beweggrunde (wie dies in §. 59 das. auch ausdrücklich ausgesprochen; es wird dieser Zug also noch der bald folgenden vergleichenden Unterscheidung hinzuzufügen sein). Und wie unlogisch und

Beweggründe in das Qualitative des Willensactes überzugehen anfängt.[1]

---

unjuristisch auch an und für sich eine solche Auffassung erscheinen mag, so ist sie doch sehr begreiflich in einer Zeit, wo durch die Aenderung der Culturzustände der Tauschwerth einer Sache zu dem alle andern Eigenschaften absorbirenden Wesen derselben geworden ist, und, indem in der kreisenden Circulation beständig alle Dinge immer aufs neue durch die Form des Geldes hindurchgejagt werden, auch ihr hauptsächlicher Nutzwerth in ihrer Vertauschbarkeit und also in ihrem Tauschwerth oder Geldpreis zu bestehen angefangen hat. Nur aus dieser veränderten ökonomischen Lage der Dinge sind diese Bestimmungen des Allg. Landrechts zu erklären.

[1] Das innerste Verständniß dieses Satzes kann sich nur aus der Lehre der speculativen Logik über das Verhältniß der Quantität zur Qualität ergeben. — So viel aber wird von selbst klar sein, daß stets, wo in einem Rechtsgebiete quantitative Bestimmungen erforderlich werden, die Fixirung derselben positiv ist, ohne deshalb das Rechtsgebiet selbst zu einem positiven zu machen. So haben alle Strafbestimmungen im Strafgrad eine quantitative Natur, ohne daß es deshalb jemand einfallen wird, das Strafrecht für nur positives Recht zu erklären. Auch wenn man, was allerdings richtig wäre, die quantitative Bestimmung als eine Modification der Grundanschauung nachwiese, wäre hierdurch nichts geändert. Die Ehe gilt nirgends als ein blos positives Recht. Deswegen hat sie doch im Recht der verschiedenen Völker die größten, eine Entwickelung ihrer Grundanschauung darstellenden Modificationen empfangen. — Werden denn nun die verschiedenen quantitativen Bestimmungen in unserm Gebiete mit einer bestimmten geistigen Grundanschauung in Verbindung zu setzen sein, sodaß sie sich als die von dieser Grundanschauung gesetzten Modificationen erweisen? Allerdings, und diese wird folgende sein: Je weiter, härter und ausgebreiteter eine Gesetzgebung das Recht der Person auf Willkür auffaßt, desto geringere Kraft wird sie dem Irrthum im Beweggrund, desto größere Gültigkeit also der irrigen Handlung einräumen. [Die innere Wahrheit dieses scheinbar sehr paradox klingenden Satzes ergibt sich aus dem oben (S. 78 fg. und Anm. 2 zu S. 80) entwickelten Begriff, und wird sich bei der Unterscheidung des factischen und Rechtsirrthums bald noch deutlicher herausstellen.] Dieser Satz — der sich schon an der Geschichte des Römischen Rechts selbst nachweisen ließe — bestätigt sich nun auch im allgemeinen durch das Verhältniß der neuern Gesetzgebungen zum Römischen Recht. Denn hieraus entspringt es, daß die neuern Gesetzgebungen, wenn sie auch nicht überall ganz consequent zu Werke gehen, den Irrthum weit milder behandeln, d. h. dem irrigen Beweggrund eine viel weniger bedingte und eine größere Wirksamkeit zur Aufhebung der Handlung einräumen als das Römische Recht. Savigny (III, 469) bezieht sich zwar auf das Allg. Landrecht in dem Sinne, daß es in Thl. I, Tit. 4, §. 148 fg., seiner Ansicht entsprechend jeden Irrthum im Beweggrunde — außer bei dem blos lucrativen Act oder bei dem Hinzutreten von dolus — für gleichgültig erklärt habe. Allein er läßt hierbei unberücksichtigt, daß das Allg. Landrecht (das. §. 145) eine Definition des Ausdrucks: Beweggrund, aufstellt, die also lautet: „Wird bei einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Thatsache als eine solche, die schon geschehen ist, oder noch geschehen soll, blos vorausgesetzt, so ist sie nur als ein Bewegungsgrund anzusehen" [diese falsa causa

Soweit aber die positiven Gesetzgebungen über dieses quantitative Verhältniß Festsetzungen treffen und Grenzbestimmungen darüber angeben,

hatte aber auch im Römischen Recht keine Wirkung (§. 31 Inst. de legib., 2, 20, L. 17, §. 2, L. 72, §. 6, de condit., 35, 1, L. 1, §. 8, de dote prael., 34, 4)], und soweit etwa durch diese ganz allgemeine Ausschließung der thatsächlichen Bewegungsgründe der Digestentitel de condictione causa data causa non secuta aus dem Allg. Landrecht ausgeschlossen erscheinen könnte, ist er doch wieder durch die weitere Fassung der condictio indebiti (Thl. I, Tit. 16, §. 166 fg.) in dasselbe hineingebracht. Dagegen ist durch jene Definition die Möglichkeit ausgeschlossen, die Eigenschaften eines Gegenstandes als solchen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ausschließenden Beweggrund anzusehen, während im Römischen Recht, wie Savigny selbst lehrt (III, 304), dies mit Ausnahme sehr weniger beschränkter Fälle allerdings stattfand. Das Allg. Landrecht erklärt vielmehr ausdrücklich (Thl. I, Tit. 4, §. 81): „Irrthum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet ebenfalls die Willenserklärung." Da es also bei einer solchen Untersuchung doch nicht auf die Worte, sondern auf die Sache ankommt, und da bei Käufen und andern Rechtsgeschäften der Beweggrund gerade in der Regel in der vorausgesetzten Eigenschaft des Gegenstandes besteht (ohne daß doch durch das Nichtvorhandensein derselben der Gegenstand zu einem Gegenstande anderer Gattung und Art wird, in welchem Falle allein im Römischen Recht ein error in corpore und in substantia vorliegt; vgl. Savigny, S. 283), so muß vielmehr gesagt werden, daß das Allg. Landrecht das Einwirken irriger Beweggründe auf die Aufhebung der Handlung bedeutend gegen das Römische Recht erweitert habe. Ja sogar der Irrthum in allen, auch den gewöhnlich nicht vorausgesetzten Eigenschaften einer Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung, wenn die Voraussetzung eine ausdrückliche war (Allg. Landr., das. §. 77) und also die den Willen bestimmende Einwirkung des Motivs nur ganz feststeht. Ferner soll bei blos lucrativen Erklärungen die Willenserklärung nie kräftig sein, „sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Beweggrund die einzige Ursache der Willenserklärung gewesen sei" (das. §. 150).

Das Französische Recht ist gleichfalls und in noch höherm Grade milder als das Römische. Es erklärt für eine Ursache der Ungültigkeit jeden Irrthum sur la substance und überläßt die nähere Explication dieses Begriffs gänzlich der Jurisprudenz. Diese aber hat ihrerseits denselben dahin erweitert, daß auch jeder Irrthum im Beweggrund dahinein fällt, wenn ersichtlich ist, daß er das den Willen determinirende Motiv gewesen ist; vgl. Duvergier, De la Vente, No. 144: „En outre la nullité peut résulter de l'absence des qualités . . . mais pour cela il faut que les *circonstances* ou les expressions mêmes de l'acte démontrent que les parties ont considéré ces qualités comme motif *déterminant* de la vente; en d'autres termes qu'elles n'auraient pas contracté, si elles avaient su que ces qualités n'existaient pas." Pardessus, Cours de droit comm., No. 148: „En un mot l'erreur sur les *qualités ou autres accessoires* est réputé substantielle et rend la convention nulle dans l'intérêt de celui *qui la prenait en considération lorsqu'il contractait.*" Und außerdem erklärt die französische Jurisprudenz einstimmig, daß der Rechtsirrthum ebenso sehr die Obligationen annullire als der factische; vgl. Duranton, Thl. 10, Nr. 127;

wo das Quantitative des Beweggrundes in das Qualitative des Willensactes übergehe[1], soweit sie mit andern Worten Mittel zur Entkräftung einer Handlung wegen echten Irrthums (durch irrigen Beweggrund vermittelten Willensmangel), Betrug und Zwang angeben, soweit wird man also sagen müssen, daß — mögen diese Mittel nun in der Nichtigkeit ipso jure, in der Klage oder Exception oder in der Restitution bestehen — dieselben in dem betreffenden Rechtssystem nicht auf äußerer Billigkeit, sondern auf der Anschauung nicht vorhandenen Willensdaseins in der zu entkräftenden Handlung beruhen.[2]

Merlin, Rép., v° Testament, Sect. 2, §. 5; Toullier, Thl. 6, Nr. 58; Delvincourt, II, 460; Vazeille, Successions, Art. 887, No. 2.

[1] In manchen Fällen setzen die neuern Gesetzgebungen an die Stelle der positiven Bestimmung den oben entwickelten Begriff selbst; so z. B. das Allg. Landrecht in dem bereits ang. §. 150 (Thl. I, Tit. 4), wo es die lucrative Willenserklärung für ungültig in dem Falle erklärt, „sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung selbst gewesen sei". — In der Regel wird von den neuern Gesetzgebungen diese Bestimmung als einschränkende Grenze für die durch den Irrthum in der Person hervorgerufene Ungültigkeit angeführt. So das Allg. Landrecht in §. 76 daf.: „Ein Gleiches gilt von einem Irrthum in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, sobald aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt wäre." Und der Code Nap., Art. 1110: „L'erreur *n'est point une cause de nullité*, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l'intention de contracter *à moins* que la considération de cette personne ne soit la *cause principale de la convention*." Anders verhielt es sich hierin im Römischen Recht; da der Irrthum in der Person zu dem sub B. a. behandelten gehört, in welchem der Wille ein anderer als die geschehene äußere Willenshandlung selbst ist, war hier, worin man Savigny, S. 279 fg., beipflichten muß, jeder obligatorische Vertrag bei Verwechselung des einen Contrahenten für den andern nichtig, wenn derselbe auch gar keine Verletzung seines Interesses durch die Personenverwechselung erlitt. — Hier ging also das Römische Recht in der dem Irrthum gegebenen aufhebenden Wirkung weiter als die modernen Gesetzgebungen, und dies scheint gegen das in der vorigen Anmerkung hierüber Gesagte zu sprechen. Bei richtiger Auffassung aber bestätigt es vielmehr nur die dort gegebene Grundanschauung. Es ist nämlich ersichtlich, daß dieser Unterschied der modernen Rechte gegen das Römische daher kommt, daß das Römische Recht den Willen mehr sieht in dem spröden Rechte der Person auf ihre formelle Willkür, die modernen Gesetzgebungen aber ihn mehr erblicken in dem vernünftigen Inhalt seiner Motive. — Es ist ferner wieder hierbei ersichtlich, wie unechter und echter Irrthum ineinander übergehen. Denn während im Römischen Recht Irrthum in der Person einfach als mangelnder Wille galt, wird derselbe im Allg. Landrecht und Französischen Recht durch die angeführte Einschränkung zum echten Irrthum und zu einem durch Irrthum in den Motiven vermittelten Willensmangel.

[2] Eine deutliche Bestätigung der obigen Entwickelung gibt der Code Napoléon, indem er Irrthum, Zwang und Betrug unter dem Abschnitt vom „*Consen-*

Und kaum ist die positive Bestimmung in diesem quantitativen Gebiete getroffen und festgesetzt worden, wo der irrige Beweggrund zum Willen wird, als der bisher stets festgehaltene und entwickelte Begriff des Willens wieder hervorbricht und den Unterschied seiner begrifflichen Natur in die Art des Irrthums im Beweggrund hinein fortsetzt. — Wir meinen den Unterschied des factischen und des Rechtsirrthums, oder besser, da auch mancher Rechtsirrthum entschuldigt wird und mancher factische nicht, des unverschuldeten und verschuldeten Irrthums.

Um dies genau zu verstehen, ist es nöthig, noch einmal auf den Unterschied des einfach mangelnden Willens und des erst durch Vermittelung des irrigen Beweggrundes mangelnden Willens, also auf den Unterschied des unechten und echten Irrthums zurückzugehen und den Begriff desselben noch schärfer als bisher festzustellen.

Willensfreiheit, sagten wir, ist (im Privatrecht) individuelle Selbstbestimmung. Beim unechten Irrthum ist dieselbe überhaupt nicht vorhanden. Denn die geschehene Handlung ist unterschieden von der gewollten Handlung. Beide decken einander nicht. Es ist somit die äußerlich geschehene Handlung gar nicht durch die eigene Selbstbestimmung des Individuums gesetzt. Da also keine solche und somit keinerlei Wille vorhanden ist, so ist es ganz gleichgültig, durch welches Warum das Nichtdasein des Willens zur Handlung vermittelt ist. Es erhellt hieraus die Nothwendigkeit, weshalb beim unechten Irrthum nirgends Raum zur Unterscheidung zwischen factischem und Rechtsirrthum vorliegen kann.

Anders beim Irrthum im Beweggrund. Hier stimmen die vollbrachte Handlung und die Handlung, die das Individuum vollbringen

---

tement" behandelt (Sect. I, chap. II, tit. III) und dabei (Art. 1109) ausdrücklich erklärt: „*Il n'y a point de consentement* valable si le consentement n'a été donné que par *erreur*, ou s'il a été *extorqué par violence* ou *surpris par dol.*" Es wird also auch in juristischer Hinsicht bei dem speculativen Freiheitsbegriff schon sein Bewenden haben müssen, und nur weil Savigny sich den letztern nicht klar macht und nicht von ihm ausgeht, vielmehr ausdrücklich meint (III, 102), daß derselbe hier nichts zu thun habe, kam er nothwendig zu jener irrthümlichen Auffassung dieser Lehre. Und, wie beides stets Hand in Hand geht, kam er durch diese Abscheidung des philosophischen Willensbegriffs vom Rechtsgebiete dazu, sich in so directen Widerspruch mit den juristischen Quellen versetzen und eine so große Anzahl von Pandektenstellen der Unrichtigkeit beschuldigen zu müssen, wie er III, 342, thut. Dieselben erweisen sich nach der obigen Entwickelung jetzt von selbst als völlig richtig und als in völliger Uebereinstimmung mit dem, was von Savigny als ihnen entgegenstehend angeführt wird (nämlich die Gleichgültigkeit des unwesentlichen Irrthums und seine dennoch stattfindende Einwirkung, sobald er durch dolus hervorgerufen ist).

wollte, überein. Es ist also Selbstbestimmung da. Die concurrirende falsche Vorstellung hat daher nur entkräftende Wirkung, wenn sie durch ein anderes Individuum in das handelnde hineingesetzt und dessen Selbstbestimmung somit aufgehoben worden ist (dolus), ist dagegen gültig, wenn sie vielmehr als die eigene Thätigkeit des Individuums erscheint (error concomitans). — Der Wille hat aber überhaupt seine Vermittelung im Wissen (s. oben S. 48 fg.). Der Irrthum im Beweggrund kann daher den gesammten Inhalt des Willens absorbiren, und obwol die äußere Handlung, die man vornahm, übereinstimmt mit der äußern Handlung, die man vornehmen wollte, doch diese selbst zu einem Nichtausdrucke und Gegentheil des wahrhaften Willens, also zu einer ungewollten und der individuellen Selbstbestimmung nicht entflossenen machen, welche somit als reine Aeußerlichkeit gegen das nur an seine Selbstbestimmung gebundene Individuum nicht bestehen kann. Aber indem hier das Nichtgewollte der geschehenen Handlung nicht besteht in der einfachen Abwesenheit der Selbstbestimmung zu derselben, sondern diese Abwesenheit selbst erst vermittelt wird durch die falsche Vorstellung im Beweggrund, kann man — wenn man den Begriff der individuellen Selbstbestimmung auf das äußerste festhält — zu der Folgerung gelangen, daß diese Ungültigkeit nur dann eintreten kann, wenn wenigstens jene falsche Vorstellung im Motiv nicht durch die eigene Thätigkeit und Selbstbestimmung des Individuums (obwol hier kein anderes Individuum mehr einwirkt) gesetzt erscheint. Denn ist auch dies noch der Fall, so ist nun die Handlung allerdings in allen ihren Theilen der eigenen Selbstbestimmung des Subjects entflossen: 1) in Bezug auf die äußerlich geschehene Handlung, 2) in Bezug auf die äußere Handlung, die man vollbringen wollte, und 3) in Bezug auf den Irrthum im Beweggrund.

Als so in allen ihren drei Momenten durch die individuelle Selbstbestimmung gesetzt, wäre, bei consequentester Festhaltung dieses Begriffs, die irrthümliche Handlung allerdings ein gültiges Dasein der Willensfreiheit.

Die falsche Vorstellung erscheint nur dann nicht als durch die eigene Selbstbestimmung des Individuums gesetzt, wenn sie — obwol hier kein fremdes Subject mehr eingreift — einen factischen Irrthum darstellt.

Das Wissen des Individuums hat einen doppelten Gegenstand, nach welchem es sich unterscheiden kann: sich selbst und das ihm Andere. Das Wissen des Individuums ist daher ein Wissen von sich und ein Wissen von dem ihm Andern, von der Außenwelt. Die Außenwelt ist eine dem Individuum fremde und selbständig gegenüberstehende Gegenständlichkeit. Ihr Inhalt ist das Zufällige und seine Verwickelung, das

blos Positive. Wenn daher das Individuum diese für sich selbständige Gegenständlichkeit seinem Wissen nicht zu unterwerfen vermag, wenn es im Thatsächlichen irrt, so kann dies nicht als eine Selbstbestimmung des Individuums erscheinen. Denn es kann nicht gesagt werden: das Individuum kann und soll schlechthin auch das ihm Andere, das Reich des Thatsächlichen durchdringen (quum jus finitum et posset esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat, sagt Neratius).[1] Der Irrthum im Thatsächlichen erscheint also gleichsam als ein Zwang der Außenwelt! Dies zeigt sich wieder recht deutlich an der Grenze, wo der factische — und deshalb unschädliche — Irrthum anfängt, in den schädlichen überzugehen. Dies ist dann der Fall, wenn das Thatsächliche so offen, einfach und durchsichtig vorliegt, daß das Individuum, wenn es nur im geringsten — wie sein Begriff erfordert — geistige Thätigkeit ist, es wahrnehmen und wissen konnte.[2] Darum sagen Cäcilius und Ulpian, auf diejenige Krankheit wenden sich die ädilicischen Edicte nicht an, qui *omnibus potuit apparere* ut puta caecus homo veniebat aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat . . . ejus nomine non teneri Caecilius ait, und Ulpian fügt billigend hinzu: „ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare *potuit*."[3] Er konnte den Fehler oder die Krankheit wissen, heißt: er konnte wissen, wenn er wollte. Sein Nichtwissen wird also hier zum Dasein seiner eigenen Selbstbestimmung, wird somit dem Individuum imputabel und daher gültig und schädlich. Deshalb sprechen also so viele Stellen aus, daß der factische Irrthum schade, wenn er durch crassa negligentia hervorgebracht sei.[4]

Entgegengesetzt dem Wissen des Individuums von der Gegenständlichkeit und ihrem zufälligen und fremden Inhalt, erscheint das Wissen des Individuums von sich. Das Wissen des Individuums von sich nicht sowol in dem Sinne der äußern thatsächlichen Zufälligkeit, mit welcher das empirische Ich noch ohne sein Wissen verwickelt sein kann, weil sie ihm eben eine äußere, fremde ist, sondern in dem Sinne:

---

[1] L. 2 de juris et facti ignor. (22, 6).

[2] Darum sagt Ulpian, es sei „nec *supina* ignorantia ferenda nec *scrupulosa inquisitio exigenda*", L. 6 de jur. et fact. ign., und Paulus, indem er lehrt, der factische Irrthum, der auf summa negligentia beruhe, sei allerdings schädlich, ruft aus: „Quid enim si omnes in civitate sciant quod *ille solus* ignorat?" wenn er es also so gut wie alle andern wissen konnte. L. 9, §. 2, eod. tit.

[3] L. 14, §. 10, de aedilic. edict. (21, 1).

[4] Z. B. noch die L. 55 de aedil. ed. (21, 1); L. 11, §. 11, de interr. (11, 1); L. 3 pr. ad. SC. Mac. (14, 6) etc.

Wissen des Individuums von seiner Innerlichkeit.[1] Hier ist der Gegenstand des Wissens nichts Fremdes und Zufälliges mehr. Er ist sein eigenes Wesen, das jedes Individuum kennen kann und soll. Das Recht ist aber nur die herausgesetzte eigene Innerlichkeit und Ver-

[1] Erst aus der obigen Entwickelung und Eintheilung, in welcher die Schädlichkeit des Rechtsirrthums überhaupt nur als die Fortsetzung und Consequenz des Wissens von sich erscheint, ergibt sich nunmehr von selbst das wirkliche Verständniß des römischen Ausdrucks: jus *suum*, und des Grundes, warum die Unwissenheit über dasselbe in den römischen Rechtsquellen immer als eine grundsätzlich schädliche behandelt wird, obgleich, wie Savigny diese scheinbare Anomalie, ohne sie aber erklären zu können, mit Recht hervorhebt (III, 327, c.), die Unwissenheit über das jus suum „gerade gewöhnlich auf factischen Irrthümern beruhen wird." Denn die Unwissenheit über den eigenen persönlichen Rechtszustand, welche unter der Unwissenheit über das jus suum verstanden wird, stellt eine Unwissenheit des Individuums über seine eigene constante Beschaffenheit dar. So heißt es L. 2, §. 7, de j. fisci (49, 14): „... ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel propter sexum femininum *jus suum possit*." Und Pomponius bringt, unsere obige Entwickelung deutlich bestätigend, die Unwissenheit de jure suo, trotz ihrer meist factischen Beschaffenheit in einen principiellen Gegensatz zur factischen Unwissenheit, die er als eine Ignoranz de alterius causa et facto hinstellt (Plurimum interest, utrum quis de *alterius causa et facto* non sciret, an de *jure suo* ignoret; L. 3 pr. de juris et facti ign. 22, 6). Die Ausnahme, welche Paulus bespricht (das. L. 1, §. 2), wenn jemand, als Kind ausgesetzt, seine Aeltern nicht kenne und nun glaube, daß er ein Sklave sei, ist gar keine wirkliche Ausnahme. Denn die Frage ex quibus natus sit, die ursprünglich überhaupt an sich eine Frage nach einem factum alienum ist, ist hier durch die Aussetzung dem Kinde auch als solches forterhalten worden (und zwar wiederum durch das factum alienum der Aussetzung).

Hieraus entspringt nun weiter die große Schwierigkeit, welche die römischen Rechtsquellen in der Regel an den Tag legen, über die eigenen Handlungen überhaupt, obgleich diese doch nur ganz vereinzelter, zufälliger und verschwindender Natur sein können, einen unschädlichen Irrthum zuzulassen, und das Bestreben, das sie zeigen, ihn, wo er unschädlich sein soll, ausdrücklich auf ein factum alienum zu reduciren. So Neratius, L. 5, §. 1, pro suo (41, 10). Sed id quod quis quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio, quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod *servum* meum aut ejus, cujus in locum *hereditario* jure successi, emisse id falso existimem, quia in *alieni facti* ignorantia tolerabilis error est. Und Gajus, L. 42 de r. j. (50, 17): Qui in *alterius locum succedunt*, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam heredes justam ignorantiam possunt allegare. Und er beschränkt sogar diese Unschädlichkeit beim Erben noch auf den Fall, si cum eo agetur, non etiam si agat; nam plane qui agit *certus* esse debet, quum sit in *potestate ejus quando velit* experiri etc.

standesnatur des Individuums, das Gesetz nur das objectiv gewordene Rechtsbewußtsein der Volksindividuen.

Im Wissen vom Rechte ist daher das Individuum nicht auf einen zufälligen, sondern auf einen nothwendigen Gegenstand, nicht auf ein ihm Fremdes, sondern nur auf sein eigenes Wesen bezogen. Wer also über das Recht irrt, irrt nicht über etwas Gegenständliches, sondern über das eigene Wesen des Geistes, worüber der Geist, weil es ihm nichts Fremdes ist, nicht zu irren braucht. Sehr gut nennt daher Paulus den Rechtsirrthum einen Irrthum in *existimatione mentis* und setzt ihm den thatsächlichen Irrthum als einen Irrthum in re entgegen.[1] Darum gilt die Anschauung, das Recht kann das Individuum stets wissen, wenn es will[2], und wenn es dasselbe nicht weiß, so erscheint dies Nichtwissen als durch seine willkürliche Selbstbestimmung gesetzt und wird somit, soweit dies in der Sphäre des von der Willkür beherrschten Privatrechts[3] geschieht, zur gültigen selbstbestimmenden Willkür und also zum schädlichen Irrthum.

---

[1] L. 9, §. 4 h. t. (22, 6): „Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus *in re* est quam *in existimatione mentis*, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur."

[2] Es ergibt sich aus der obigen Entwickelung, daß dies also um so eher da gelten wird, wo das Recht ein wirklich aus dem eigenen Volksleben hervorgegangenes Recht ist, und weniger dort, wo es ein fremdes und anderswoher übernommenes ist.

[3] Wir wiederholen diese schon früher hervorgehobene Hinweisung auf den Begriff des Privatrechts absichtlich, weil, wie sich zeigt, eben nur durch sein Walten die Gültigkeit und Schädlichkeit des Rechtsirrthums vermittelt wird, und in der That, durchaus übereinstimmend mit unserer Entwickelung, da wo diese Willkür, welche der allgemeine Grundbegriff des Privatrechts ist, ihre Geltung verliert, d. h. da wo innerhalb desselben aus dem öffentlichen Recht entflossene Gesetze platzgreifen, jede Gültigkeit und mit ihr jede Schädlichkeit der Rechtsunwissenheit sofort aufhört. Dies zeigt sich daran, daß bei der Zahlung von Spielschulden und Wucherzinsen, deren Gültigkeit das Gesetz prohibirt, auch der Rechtsirrthum schlechthin jede Schädlichkeit verliert. Mit Unrecht würde man glauben, dies käme nur daher, weil diese Zahlungen, selbst wenn sie mit vollem Bewußtsein von der rechtlichen Unverbindlichkeit dieser Schulden gemacht werden, zurückgefordert werden können. Denn in der That machte man früher einen Unterschied zwischen wissentlicher und unwissentlicher Zahlung von wucherlichen Zinsen. Waren sie wissentlich gezahlt, so war (s. Paulus R. S. II, 14, §. 2 und 4, und Ulpian, L. 26 pr. de cond. indeb. 12, 6) die Zahlung nicht eine ungültige und zurückzufordernde, aber sie wurde als auf das Kapital geschehen betrachtet (*repeti* quidem *non posse*, sed *sorti* imputandum sagt Ulpian). Wurden also die Zinsen vor dem Kapital bezahlt, so kam das praktisch freilich auf dasselbe hinaus, indem sich nun das Kapital um so viel verminderte. Wurden aber Zinsen und Kapital zugleich zurückerstattet (wissentlich), so machte dies nun auch einen praktischen Unterschied. Denn nach der frühern strengern Auffassung konnten jetzt

Aber eben um des entwickelten Begriffs willen müßte, wenn seine Anwendung consequent sein soll, der Rechtsirrthum da keine gültige und schädliche Wirkung haben, wo das Recht, seine obige allgemeine, für alle Individuen gewisse und mit dem Volksgeist identische Natur verlierend, selbst wieder in Zufälligkeit ausläuft, d. h. also bei controversen Rechtssätzen, wo ja die Entscheidung über den Inhalt des Rechts aus der allgemeinen geistigen Natur des Individuums in die Besonderheit der persönlichen Ansicht hinunterfällt, und ebenso bei dem blos particularen Localrecht, weil dieses ja nicht mit dem ganzen Volksgeist selbst identisch ist und somit nicht als das allgemeine Wesen des Individuums ausdrückend angesehen werden kann. Und in der That ist anerkannt, daß in diesen beiden Fällen der Rechtsirrthum keine schädliche Wirkung haben soll.[1]

Betrachtet aber das Gesetz bestimmte Klassen von Individuen als auf einer solchen Stufe der geistigen Potenz stehend, daß von ihnen nicht schlechthin gesagt werden kann, sie konnten das Recht wissen, wenn sie

---

die wucherlichen Zinsen nicht zurückgefordert werden (vgl. Vangerow, Pandekten, Bd. 1, §. 76, 6. Aufl.). Selbst Ulpian, der sich einer mildern Ansicht zuneigt, drückt deutlich die Ungewißheit und die blos billige Natur derselben aus (Quid si simul solverit? *Poterit* dici, et tunc repetitionem locum habere), und erst Philippus hob diese veteris juris varietas auf (L. 18 C. de usur.). — Waren dagegen die Zinsen aus Unkenntniß der Wuchergesetze und also aus einem Rechtsirrthum gezahlt (per errorem solutae), so war die Zahlung eine ungültige, und sie konnten stets, ob vor ob mit dem Kapital gezahlt, condicirt werden (vgl. Paulus und Vangerow, a. a. O.). Es zeigt sich hierdurch, daß es sich nicht so verhält, wie Savigny, III, S. 450 meint, als hindere bei Wucherschulden der Rechtsirrthum die Condiction nur deshalb nicht, weil sogar das Bewußtsein des Zahlenden von der Unverbindlichkeit der Schuld sie nicht hindere, sondern daß vielmehr auch wo dies Bewußtsein hindert, die Rechtsunwissenheit zugute kommt. Und wie ist dies möglich? Dies erhellt aus der obigen Begriffsentwickelung mit Evidenz und Nothwendigkeit. Der Rechtsirrthum erscheint nur als schädlich, weil er als gültig erscheint. Und er erscheint nur als gültig, weil das Nichtwissen des Rechts als die eigene formell berechtigte Selbstbestimmung der individuellen Willkür und somit als ihre Aeußerung erscheint. Dies kann somit nur gelten im eigentlichen Privatrecht als dem Dasein dieser Willkür. Wo dagegen Bestimmungen aus dem Oeffentlichen Rechte eingreifen, d. h. wo die willkürliche Selbstbestimmung des Individuums überhaupt ihre Geltung zu verlieren anfängt, da muß auch seine Bestimmung zum Nichtwissen des Rechts als eine nicht mehr in seiner Willkür stehende, also als eine ungültige erscheinen und der Rechtsirrthum also unschädlich sein. Das Recht, nicht zu wissen, gilt hier gar nicht, und erzeugt darum keine Gültigkeit! — Man sieht, welche festgeschlossene Gestalt bei der obigen Begriffsentwickelung diese Lehre in allen ihren Theilen, selbst in ihren Einzelheiten und Subtilitäten annimmt.

[1] Vgl. Savigny, III, 337. Puchta, Gewohnheitsrecht, II, 217 fg.

wollten, so erscheint bei ihnen das Nichtwissen auch nicht als eine willkürliche Selbstbestimmung und der Rechtsirrthum ist deshalb für Minderjährige, Frauen und rusticitas in verschiedenen Abstufungen unschädlich.

Die Lehre von dem factischen und dem Rechtsirrthum, oder von der entschuldbaren und der nicht entschuldbaren Unwissenheit hat sich uns also in eine Lehre von dem Wissen des Individuums von sich und von Anderem, in eine Lehre von dem selbstverschuldeten, d. h. selbstgesetzten und dem nicht selbstgesetzten Irrthum aufgehoben und sich ebenso wie die Lehre vom Zwang und Betrug, unechtem und echtem Irrthum, überall mit der größesten Consequenz und bis in alle ihre Ausnahmen hinein, als auf der Auffassung der individuellen Selbstbestimmung, als dem wirklichen Begriffe der Willensfreiheit beruhend, erwiesen. Zugleich ergibt sich aus dem Obigen, daß, wenn der den Inhalt des Willens erschöpfende irrige Beweggrund, falls der Irrthum ein verschuldeter ist, die Handlung nicht entkräftet, sondern diese gültig bleibt, dies auf der strengen Anschauung von dem willkürlichen Rechte der Person beruht, wenn sie nur durchweg selbst als das bestimmende erscheint, auch das nicht zu wissen, was sie wissen soll und muß (das Recht), wonach dann die so entstandene Handlung als ein gültiges Dasein persönlicher Willkür angesprochen wird. Tritt an die Stelle dieser spröden formellen Anschauung die andere, daß das Nichtwissen, wenn auch verschuldet, als dem Begriffe des Geistes zuwider, nicht als eine gültige Bestimmung desselben anzusehen und nicht als sein Dasein, sondern nur als sein Nichtdasein zu betrachten sei, so kann auch beim irrigen Beweggrund nicht mehr zwischen verschuldetem und nichtverschuldetem Irrthum unterschieden werden, und die durch einen den ganzen Willen absorbirenden Irrthum im Beweggrund hervorgerufene Handlung wird auch durch die Verschuldung des Irrthums zu keinem gültigen Dasein des Willens, wie dies in der That in neuern Gesetzgebungen der Fall ist.[1]

[1] Sowie bereits gezeigt (s. die Anm. auf S. 92), im Französischen Recht, wo mit Ausnahme zweier Fälle, die, um ihrer besondern Natur willen, überhaupt kaum Ausnahmen hiervon zu nennen sind [Art. 1305 und 2053] des Code civil), ganz allgemein jeder Unterschied zwischen factischem und Rechtsirrthum aufgegeben ist.

Eine mehr schwankende Stellung nimmt das Allg. Landrecht ein, doch ist auch von ihm nicht zu verkennen, daß es sich darin bedeutend vom Röm. Recht unterscheidet und sichtlich unter dem Einfluß der oben angegebenen abweichenden Anschauung des modernen Geistes steht. In §. 12 der Einleitung verfügt es, daß sich niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen könne. Allein dieses in dieser Allgemeinheit ganz richtige und gar keinem Zweifel unterliegende Princip hat eben um dieser Allgemeinheit willen auch gar nichts mit

C. Der Quasicontract; negotiorum gestio.

Das Gesetz kann einen normalen Willen der Person voraussetzen. Rechte also, welche scheinbar lediglich aus den Handlungen dritter Personen und somit aus dem Gesetze entspringen, müssen, obwol ohne jede Handlung des Individuums, dennoch dann in rechtlicher Hinsicht als seiner eigenen individuellen Willensaction entflossen angesehen werden, wenn das betreffende Rechtsinstitut den Charakter hat, auf einem solchen vom Gesetz vorausgesetzten normalen Willen des Individuums zu beruhen und aus ihm zu entspringen.

Die aus einem solchen Institut dem Individuum hervorgehenden Rechte sind dann der gesetzlichen Anschauung nach durch die eigene vorausgesetzte Willensaction des Individuums vermittelt, somit erworben, und können daher, wenn sie so einmal entstanden sind, durch spätere Gesetze nicht verändert werden.

Dies ist der Fall bei den Quasicontracten, zunächst bei der negotiorum gestio.

Daß diese ganz auf einem solchen, um seiner Normalität halber vom Gesetz vorausgesetzten vernünftigen Willen des Individuums

---

der oben erwähnten Anschauung zu thun, über welche vielmehr erst die landrechtliche Lehre von den Willenserklärungen u. s. w. Aufschluß geben kann. Hier nun läßt es zunächst bei der condictio indebiti (Thl. I, Tit. 16, §. 166, 178, 118) im Princip auch den Rechtsirrthum zu, wenn es auch dem Irrenden den Beweis desselben auferlegt. Bei dem Irrthum in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache, welcher die Willenserklärung entkräften soll (s. oben S. 92), macht es diese Wirkung des Irrthums davon abhängig, daß er nicht durch eigenes Verschen entstanden sei, und neigt sich insoweit also der Anschauung des Röm. Rechts zu (Thl. I, Tit. 4, §. 82). Allein bei dem Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache soll stets die Willenserklärung ungültig sein, auch wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können, §. 77, 78 (und nur eine culpose Verpflichtung zur Schadloshaltung bei eingetretenem Schaden wird ganz richtig eingeführt, weil in der That nur culpa, nicht Wille, vorliegt). Indem nun (s. oben S. 92) in diesen Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften nicht nur der römische error in corpore und essentialis, sondern auch jeder bloße Irrthum im Beweggrund hineinfällt, der auf solchen vielleicht selbst ganz unwichtigen Eigenschaften beruht, läßt das Allg. Landrecht hier also auch bei diesem den Rechtsirrthum und verschuldeten Irrthum als einen unschädlichen, d. i. ungültigen, zu. Es scheint also die Unschädlichkeit desselben überhaupt nur mehr an die Bedingung zu binden, daß die Einwirkung eines irrigen Motivs ganz feststehe (ausdrücklich vorausgesetzt sei).

beruht, muß von selbst klar sein und soll blos, weil sich diese Auffassung bei unsern Rechtslehrern nicht findet[1], kurz nachgewiesen werden.

Es steht dem nicht entgegen, daß die alten römischen Juristen immer nur von der magna utilitas dieses Instituts reden und es auch ausdrücklich als um seiner Nützlichkeit willen eingeführt bezeichnen.[2] Dieses Nützlichkeitsargument drückt vielmehr nur in Form äußerer Thatsächlichkeit aus, was nach uns die Rechtsidee des Instituts bildet. Das Gesetz kann hier eben nur deshalb den Willen des Individuums voraussetzen und setzt ihn voraus, weil es eben normal ist, daß jedes Individuum selbst das ihm Nützliche will.

Dieser vorausgesetzte Wille erweist sich aber durch Folgendes als der wahrhafte Gedanke des Instituts: 1) schon historisch, indem die römischen Juristen so vorzugsweise den Fall der Abwesenheit des dominus[3] als den Fall der negotiorum gestio hervorheben, oder ähnliche Lagen, in welchen also der dominus einen ausdrücklichen Willen zu haben gehindert ist[4], und diesen Fall der Abwesenheit auch geradezu als den historischen Ursprung des Instituts bezeichnen[5]; 2) dadurch, daß der vom Gesetz vorausgesetzte Wille dem vom Individuum ausgesprochenen, die Fiction der Wirklichkeit weicht und daher bei einem aus-

[1] Aber ebenso wenig auch bei den Rechtsphilosophen. Wenn z. B. Stahl (Philosophie des Rechts, I, 410 fg., 3. Aufl.) die Quasicontracte und speciell die negotiorum gestio einfach daraus erklärt, daß „nämlich jenes Bedürfniß, durch Uebereinkunft sich Rückgabe oder Ersatz sichern zu können", eine solche Forderung auch ohne Uebereinkunft erwirke, — so ist zu bemerken, daß, um das Gajanische utilitatis causa receptum est abzuschreiben, man keine Rechtsphilosophie zu schreiben braucht.

[2] Z. B. Gajus, L. 5 pr. de obl. et act. (44, 7) — „sed *utilitatis causa* receptum est, invicem eos obligari", cf. Inst., III, 27.

[3] Z. B. Ulpian, L. 1 de neg. gest. (III, 5): „Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas *absentium* versatur, ne indefensi" etc.; Gajus, L. 2 ib. „Si quis *absentis* negotia gesserit etc., Inst., III, 27, §. 1: Igitur quum quis *absentis* negotia gesserit" etc..

[4] S. das prätorische Edict selbst (L. 3 ib.): Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, *cum is moritur*, fuerint, gesserit etc. Der Sterbende wird in der Regel gehindert sein, einen ausdrücklichen Willen über die negotia zu haben, und nach dem Tode kann vor der aditio der Erbe in dieser Lage sein. — Das Edict hebt übrigens den Fall, quum is moritur, nur ausdrücklich hervor, um die Ungewißheit des Rechtssubjects, dessen Geschäfte ich geführt habe, unschädlich zu machen; s. Ulpian das., §. 6.

[5] Gajus sagt das ausdrücklich L. 5 pr. de obl. et act. (44, 7): — *ideo autem id ita receptum est*, quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt, quorum negotia deperire iniquum erat, und Inst., III, 27, §. 1.

drücklich erklärten Nichtwollen seitens des dominus[1] dem gestor auch für die nützlich verwendeten Auslagen, trotz aller Nützlichkeit, die Action der negotiorum gestio nicht zusteht[2] — die Nützlichkeit erweist sich also schon hiernach nicht als die eigentliche letzte Rechtsidee des Instituts —; 3) auch dadurch, daß in der Regel die Action der negotiorum gestio nur dann gegen den dominus zusteht, wenn es sich darum handelt, ihn vor drohendem Schaden zu bewahren, in Nothfällen u. s. w.[3], nicht bei lucrativen Operationen, denn in der That muß bei jedem vernünftigerweise die Absicht vorausgesetzt werden, nicht in Schaden zu kommen und das zu bewahren, was er hat, während die Absicht lucrativer Unternehmungen, obgleich nicht weniger nützlich, keineswegs als der normale Wille jedes Individuums vorausgesetzt werden kann[4]; 4) zeigt sich in ganz entscheidender Weise, wie nicht der erwiesene Nutzen, sondern

---

[1] Dies ist bekanntlich die übereinstimmende Lehre von Julian, Pomponius, Paulus und Ulpian L. 8, §. 3 h. t.; L. 40, mandati (17, 1). (Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur), und Justinian hat diese Lehre durch eine besondere Entscheidung (L. ult. C. 2, 20) festgestellt.

[2] So unterscheidet sich also die negotiorum gestio, wo man den Willen des Verpflichteten ausführt, wenn auch den präsumirten, sehr deutlich z. B. von der actio funeraria, wo man die Pflicht desselben ausführt, und wo es deshalb auch auf sein ausdrückliches Verbot nicht ankommt. L. 14, §. 6—16, de relig. et sumt. funer. (11, 7).

[3] Vgl. Vangerow, Pandekten, III, 484, 6. Aufl.

[4] Soweit aber der dominus die entstandene Bereicherung bewahren will, bleibt er allerdings ersatzpflichtig, denn er acceptirt in dem lucrum zugleich den für dasselbe nothwendig gewesenen Aufwand. Aber es ist hier nicht mehr die negotiorum gestio, sondern die *versio in rem*, welche den Anspruch gegen den dominus gewährt, L. 11, 43 de neg. gest. (3, 5) und L. 5 pr. de in rem vers. (15, 3). Der große juristische Unterschied zwischen beiden zeigt sich darin, daß bei der negotiorum gestio den Zufall (casus) der dominus tragen muß, bei der versio in rem aber der gestor. Dies ist aber nur die äußerliche Darstellung des Gedankenunterschiedes, daß bei der negotiorum gestio von vornherein aus dem Willen des *dominus* gehandelt worden ist, weshalb ihn selber der casus treffen muß, während bei der versio in rem der Wille desselben erst hinterher durch die Bewahrung des erlangten lucrum eintritt, weshalb, da hier erst der wirklich erreichte Vortheil von ihm acceptirt wird, der casus auf die Seite des gestor fällt. — Ebenso kann der gestor in Schaden gerathen, wenn der dominus den Vortheil nicht bewahren will. Hier wird also nicht wie bei der zur Abwehr von Schaden eingetretenen negotiorum gestio der stillschweigende Wille des Individuums in verbindlicher Weise vorausgesetzt. Vgl. Allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 13, §. 242: „Entschlägt sich der, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt wurden, des Vortheils, so muß der Besorger die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand setzen und den Eigenthümer entschädigen."

der eigene vorausgesetzte Wille des dominus den Träger dieses Instituts bildet, dadurch, daß, wenn auch der erwartete Nutzen gar nicht eingetreten, sondern durch Unglücksfälle verhindert worden ist, der dominus durch die Action der negotiorum gestio (contraria) für den Aufwand des gestor verhaftet bleibt[1]; 5) erklärt sich endlich auch nur von hier aus die Möglichkeit einer Controverse, welche alte und neue römische Juristen auf das lebhafteste getheilt hat, die nämlich schon zwischen Scävola und Ulpian schwebende Streitfrage, welchen Einfluß eine spätere Ratihabition des dominus auf die negotiorum gestio hat, ob sie diese Action, wie Scävola will, bestehen läßt, oder, nach der Ansicht der Gegner, in die actio mandati umwandelt.[2]

Faßt man nämlich rein äußerlich die negotiorum gestio als eine Geschäftsführung ohne Willen des dominus auf, so ist, da diese Action in der That nur gegeben ist, wenn kein Auftrag des dominus vorliegt, und zumal bei der Rückwirkung auf den Anfang der Handlung, welche das Römische Recht der Ratihabition überall zuschreibt, kaum zu begreifen, wie nach einer solchen die negotiorum gestio dennoch als fortbestehend angesprochen werden kann.

Bei der hier gegebenen Auffassung der negotiorum gestio, als auf dem vom Gesetz vorausgesetzten Willen des Individuums beruhend, liegt erst die innere dialektische Entstehung und Berechtigung dieser Controverse vor. Denn ist ohnehin der Wille des dominus bei der negotiorum gestio vorausgesetzt, warum soll gerade durch die Bestätigung der Voraussetzung diese Action verschwinden? Dies ist das innere Gedankenmoment bei Scävola.[3] Andererseits:

Wenn die negotiorum gestio auf dem vorausgesetzten Willen beruht, so hat der ausdrücklich erklärte Wille andere und resp. stärkere Folgen. Durch die Bestätigung der Voraussetzung tritt also der ausdrückliche Wille mit seinen anders qualificirten Folgen, d. h. die actio mandati ein. — In der That ist aber in dieser Gedankendialektik zugleich schon die wahrhafte Auflösung nothwendig gegeben, wie sie Welcker auf anderm Wege, durch Analyse der betreffenden Gesetzesstellen, heraus-

[1] L. 10, §. 1; L. 12, §. 2; L. 22; L. 31 pr.; L. 32 pr.; L. 37, §. 1 h. t.; L. 17 pr. de in r. v. (15, 3); L. 22 Cod. h. t.

[2] S. die Literatur der Controverse bei Glück, V, 333 fg.; Thibaut, Versuche, II, Nr. 10, Vangerow, Pandekten, III, 486, 6. Aufl.

[3] Er hebt darum hervor, daß die Billigung die negotiorum actio überhaupt nicht ausschlösse: „Ceterum *si ubi probavi*, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemodmodum recipiam?" (L. 9 h. t.)

gestellt hat[1]: Für den dominus treten, da an die Stelle seines blos *vorausgesetzten* und deshalb, wie sich sofort zeigen wird, *bedingten* Willens der ausdrücklich erklärte getreten ist, die stärkern Folgen desselben ein; er bleibt daher auch, wenn die Geschäftsführung eine schlechte war, durch die actio mandati verpflichtet, während der von der negotiorum actio supponirte Wille eben um dieser *Voraussetzung* halber *nur unter der Bedingung nützlichster Geschäftsführung* vorausgesetzt werden kann. Seitens des gestor dagegen hat sich durch die eingetretene Ratihabition seine rechtliche Voraussetzung *nur bestätigt*[2], sich also nichts an der Natur seiner Handlung *geändert*. Er bleibt also trotz der Ratihabition nur an die Pflichten, die ihm der vorausgesetzte Wille auferlegte, gebunden, d. h. er ist *nur* mit der negotiorum actio anzugreifen.

Es ist nach dem zuletzt Gesagten fast überflüssig, noch zu bemerken, daß die negotiorum gestio bei dieser Auffassung darum durchaus nicht an und für sich in ein mandatum tacitum übergeht. Auch bei diesem wird, insofern die verschiedenen Gesetzgebungen ein solches mandatum tacitum überhaupt zulassen, allerdings ein stillschweigender Wille vorausgesetzt. Aber er wird hier blos *factisch* vorausgesetzt, d. h. er wird vom Gesetz als ein *wirklich da seiender* vorausgesetzt, während er bei der negotiorum gestio vom Gesetz ausdrücklich *als ein vorausgesetzter vorausgesetzt*, und *als solcher behandelt* wird. Mit andern Worten: Soweit Gesetzgebungen die Annahme eines mandatum tacitum zulassen, ist die Anschauung diese, daß die Person diese *bestimmte* Handlung, wenn auch stillschweigend, *wirklich* gewollt, resp. einer andern Person die *Befugniß* zu dieser *bestimmten* Handlung, wenn auch stillschweigend, übertragen hat. Beim mandatum tacitum bleibt daher der dominus, ganz ebenso wie beim ausdrücklichen Mandat, an die Handlung als seine bestimmte unbedingte Willensäußerung gebunden, wenn dieselbe auch keine Nützlichkeit gehabt hat, oder die Mandatsführung, die nur dolus und grobes Versehen zu prästiren hat, auch nicht die zweckmäßigste gewesen ist. Bei der negotiorum gestio dagegen wird der Wille des dominus auch ausdrücklich vom Gesetz als

---

[1] C. Th. Welcker, Diss. jurid. inaug. interpret. exhibens leg. 9 de neg. gest. etc. (Gießen 1813), und Vangerow, a. a. O.

[2] Wohl aber ist hier nun auch die *Möglichkeit* der andern Anschauung erklärt, die negotiorum gestio wegen der vom gestor vorausgesetzten Billigung des dominus als ein auf Seiten des gestor vorausgesetztes Mandat zu betrachten und demselben daher von vornherein ausdrücklich die Pflichten des *Mandats* aufzuerlegen, wie dies der Code Nap. thut, Art. 1372 „Il (le gérant) se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un *mandat exprès* que lui aurait donné le propriétaire."

ein um seiner Normalität willen vorausgesetzter behandelt; d. h. seine Unterstellung wird eben durch die Bedingung vermittelt, daß es schlechthin normal und vernünftig sei, so zu wollen. Es bleibt also die Annahme des Willens an die Bedingung gebunden, daß die Geschäftsführung zu einem nothwendigen Zwecke unternommen und in der bestmöglichen Weise[1] betrieben worden sei, wodurch nicht nur auch das leichteste Versehen als diese Bedingung verletzend dem gestor zur Last fällt, sondern sogar das nützliche Unternehmen, wenn es einen wirklichen Nutzen herbeigeführt hat, weil hier die Bedingung der Willensunterstellung erfüllt ist, für Rechnung des *dominus*, und wenn es einen Schaden herbeigeführt hat, für eigene Rechnung betrieben gilt[2], die Handlung also wegen der bedingten Natur[3] des vorausgesetzten Willens ein Doppelgesicht hat, welches niemals bei dem immerhin einen unbedingten Willen darstellenden mandatum tacitum platzgreifen kann.[4]

Zugleich ist nun aber durch diese Entwickelung schon gegeben, wo und warum die negotiorum gestio durch ihre dialektische Gedankennatur von selbst in dies mandatum tacitum übergehen muß. Ein vorausgesetzter Wille des dominus kann nur da sein, wo der dominus entweder sogar von der Ursache der Geschäftsführung, dem drohenden Schaden u. s. w., nichts wissen kann, oder doch nichts weiß, also z. B. wenn er absens ist, oder wenn er zwar anwesend ist, und somit von der Ursache der Geschäftsführung wissen kann oder wirklich weiß und nur in Unterschätzung oder Vernachlässigung derselben nicht handelt, aber von der Geschäftsführung selbst nichts weiß und also in Bezug auf sie ignorans ist. Deshalb wird so häufig in den römischen Gesetzen die Forderung erwähnt, daß der dominus ein absens et ignorans, oder doch mindestens das letztere sei.[5] War er aber nicht ignorans in Bezug auf die Geschäftsführung, wußte er von ihr, ohne

---

[1] Vgl. L. 20 C. de neg. gest. (2, 18), u. beſ. Inst., III, 27, §. 1: „nec sufficit talem diligentiam adhibere *qualem suis rebus* adhibere soleret, *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*"

[2] L. 11 de neg. gest. (3, 5).

[3] Hierhin gehört auch die aus derselben Bedingung entspringende Pflicht des gestor, das Unternehmen zu Ende zu führen, die beim Mandat nicht platzgreift.

[4] Es erscheint also nicht consequent vom französischen Gesetzbuch, die gestio im Art. 1372 (s. die vor. Seite, Anm. 2) dem mandat exprès zu assimiliren, weshalb auch wieder der Code Napoléon selbst hierbei nicht stehen bleiben kann, sondern in den folgenden Artikeln (1373 und 1374) die Pflichten des gestor wieder über die des Mandatars hinaus erschweren muß.

[5] Z. B. Gajus, L. 2 (h. t.): Si quis absentis negotia gesserit, licet *ignorantis* etc. Pomponius, L. 11 (h. t.): Si negotia *absentis et ignorantis* geras. Papinianus, L. 48 (h. t.): *Ignorante* quoque sorore etc.

sie zu hindern, so kann hier nicht mehr die Rede davon sein, seinen Willen zu der bestimmten Handlung blos als einen wegen des allgemeinen normalen Willens des Individuums, keinen Schaden zu leiden, nur vorausgesetzten zu suppliren. Hier ist vielmehr einer jener Fälle, wo die Regel qui tacet consentit wirkliche Geltung hat. Wer wissend und ohne Einrede seine Geschäfte von einem Dritten führen läßt, zeigt sich hierdurch einverstanden. Hier braucht also nicht mehr die Voraussetzung seines Willens durch die Bedingung der Nothwendigkeit und Nützlichkeit des Geschäfts und die höchste Sorgfalt der Geschäftsführung gerechtfertigt zu werden, wie dies dann nothwendig ist, wenn sein Wille als einer ihm unbekannten Handlung um der allgemeinen vernünftigen Natur des Willens halber einwohnend betrachtet werden soll, sondern indem hier sein Wille zu der bestimmten ihm bekannten Handlung des gestor in seinem Stillschweigen vorliegt, fallen hier jene Vermittelungsbedingungen weg und die negotiorum gestio geht hier von selbst in das *Mandatum tacitum* über. Mit Recht sagt daher Ulpian[1]: „Semper qui *non prohibet* pro se intervenire, *mandare* creditur."

Es ist ersichtlich, daß es von der größten Wichtigkeit war, die negotiorum gestio in diese ihre innere Natur eines vom Gesetze vorausgesetzten und darum bedingten Willens des dominus aufzulösen. Denn wäre dies nicht der Fall, so würde zwar ein im Laufe einer negotiorum gestio eintretendes neues Gesetz, welches die Pflichten des gestor erschwert, dennoch nicht zur Anwendung kommen können, weil seitens des gestor auch ganz äußerlich freiwillige Handlungen vorliegen, die nicht rückwirkend verändert werden können. Wohl aber würde es von einem im Laufe der gestio eintretenden neuen Gesetze, welches die Pflichten des gestor erleichtert, seine Lage somit nur verbessert, scheinen können, daß es demselben sofort zugute kommen muß. Und in der That würde dies (vgl. §. 12) der Fall sein, wenn die Rechte des dominus nur aus dem Gesetze und nicht vielmehr, wie nachgewiesen, aus seinem eigenen, vom Gesetz vorausgesetzten und deshalb bedingten Willen flössen, wodurch die negotiorum gestio den Charakter eines zwischen gestor und dominus geschlossenen conditionellen Contracts erhält, woraus erst die Bezeichnung der „Quasicontracte" ihr wahres Licht und innere Berechtigung empfängt[2], und wonach das Erworbensein der beiderseitigen Rechte sich, da sie durch wirk-

[1] L. 60 de reg. jur. (50, 17).

[2] Die Institutionen bewältigen diese innere Berechtigung also durchaus nicht, wenn sie in der äußerlichsten Weise definiren „sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur" (Inst., III, 27). S. über den Quasicontract später beim Erbrecht (Bd. 2).

lichen und angenommenen individuellen Willen vermittelt sind, mit Nothwendigkeit ergibt.

Dieselbe Natur wie die negotiorum gestio hat auch die condictio indebiti auf seiten des Empfängers. Das Gesetz kann bei ihm den normalen Willen unterstellen, für den eventuellen Fall, daß eine Schuld nicht vorhanden sei, zurückzuzahlen. Die Unterstellung eines entgegengesetzten eventuellen Willens würde einen dolus in sich schließen[1], der nicht präsumirt werden kann. Es erscheint daher ganz consequent und der vorstehenden Natur der Sache entflossen, wenn der Code Napoléon, Art. 1376, ausdrücklich erklärt: „Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, *s'oblige* à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu."

D. Usucapion.

Rechte, welche scheinbar aus bloßen Ereignissen entspringen, können sich, auch ohne durch das Familienrecht vermittelt zu sein (s. sub A.), in solche auflösen, die, nach der Anschauung des Gesetzes, vielmehr der eigenen Willensaction des Individuums entflossen sind.

Dies ist der Fall bei der Usucapion (Ersitzung) und den ihr analogen Verjährungsarten (longi temporis praescriptio und nonusus bei Servituten).

Die Usucapion kann zunächst erscheinen als ein Recht, das blos durch den Ablauf eines Zeitraums entsteht; oder als ein blos positives zur Vermeidung von Unsicherheit und Streitigkeiten vom Gesetz eingeführtes Zweckmäßigkeitsinstitut. Dann würde das aus ihr entspringende Recht als ein blos vom Gesetz gegebenes, auch nach bereits vollendeter Usucapion durch ein dieses Institut aufhebendes oder ihre Folgen modificirendes neues Gesetz getroffen werden müssen. Diese Folgerung tritt aber nicht ein, weil jene Voraussetzung, auf der sie beruht, eine irrige wäre.

Der durch die Usucapion vermittelte Erwerb entspringt vielmehr aus dem Bewußtsein und der Thätigkeit des Individuums. Ich vermeinige eine Sache dadurch, daß ich sie mit meinem Wissen (bona fides) und Willen als die meinige setze und einen bestimmten Zeitraum hindurch als solche behandele. Das Wissen ihrer als der meinigen ist daher erforderlich, weil sonst der Wille, sie als die meinige zu

[1] Denn das beim Empfänger vorhandene Bewußtsein der Nichtschuld schließt sogar nach Röm. Recht einen Diebstahl in sich ein. L. 18 de cond. furtiva (13, 1): „... furtum fit, cum quis indebitos numos sciens acceperit."

setzen[1], ausgeschlossen oder wegen seines dolus unwirksam wäre. Es ist also der animus domini, der bestimmte Wille des Individuums, eine Sache als die seinige zu setzen und zu behandeln, welcher sie ihm als die seinige erzeugt. Die Usucapion hat also eine analoge Natur wie die Occupation einer herrenlosen Sache durch den individuellen Willen, nur, daß bei der Usucapion der Erwerb nicht durch die bloße Ergreifung geschehen kann, sondern das Individuum sie eine bestimmte Zeit hindurch als die seinige gewollt und behandelt haben muß, ohne daß in dieser Zeit der Eigenthümer seinen Willen an ihr gesetzt hat. Nur die quantitative Bestimmung dieser Zeitdauer, welche der Wille und die Thätigkeit des Individuums braucht, um wirksam zu werden und die einem Dritten gehörende Sache für sich zu erwerben, ist wahrhaft positiver Natur an der Usucapion.

Ist daher die vom Gesetz gegebene Frist einmal abgelaufen, so ist die Usucapion als ein durch die individuelle Willensaction vermittelter Erwerb ein wahrhaft erworbenes Recht, welches daher durch kein späteres die Usucapion modificirendes Gesetz berührt werden darf.

Zugleich folgt gerade aus dem Gesagten von selbst, daß die quantitativen Fristen, innerhalb deren die Usucapion wirksam wird, als rein positive und nur vom Gesetz gegebene Bestimmungen, eben deshalb während ihres Laufs jedem Gesetzwechsel unterworfen bleiben und durch ein Eintreten desselben sofort verlängert und resp. verkürzt werden müssen. Hier wird keine individuelle Handlung ex post verändert, da die wirksame individuelle Handlung bei der Usucapion nur die Eine ist, welche erst mit ihrer Ausdehnung über den bestimmten Zeitraum vollbracht ist und die einzelnen Thathandlungen des Individuums bis dahin blos eine factisch vorbereitende, keine juristisch oder begrifflich wirksame Natur haben.

E. Unterlassungen. Klagverjährung; obligatio naturalis und civilis. — Erleichterndes Gesetz; Beweisförmlichkeiten und Formen für das Dasein eines civilen Willens.

Rechte, welche aus bloßen Unterlassungen entstehen, sind durch individuelle Handlungen vermittelt und haben somit die Natur erwor-

[1] Es reicht deshalb nicht die Abwesenheit der mala fides hin, sondern es ist das positive Wissen der Sache als der meinigen nothwendig, damit die Usucapion beginne, s. z. B. L. 1 C. de acqu. et ret. poss. (7, 32), per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri, et *postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse* etc.

dener Rechte, wenn diese Unterlassungen ein versteckes Handeln darstellen.

Dies ist der Fall, wenn Gesetze die Erhaltung von Rechten an ihre Wahrnehmung innerhalb eines bestimmten Zeitraums knüpfen (vgl. §. 6). Das Nichthandeln innerhalb desselben wird hier zum Handeln; zur freiwilligen Entäußerung des vorhanden gewesenen Rechts. Dies tritt ein bei der Klagverjährung.[1]

Es ist dieser Gedanke, welcher Paulus zu dem Ausspruche bestimmt: „Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea quia non facit."[2]

Wenn hiernach seitens des Gläubigers bei der Klagverjährung stillschweigend ein freiwilliges individuelles Handeln vorliegt, so wird nicht weniger auf seiten des Verpflichteten ein solches nachweisbar sein. Denn wenn man auch hierauf die Regeln von der Schenkung und dem Verzicht anwenden will, nach welchen im allgemeinen stets Acceptation erforderlich ist, um den Verzicht bindend zu machen[3], so würde doch schon die allgemeine Annahme schwerlich eine erhebliche Schwierigkeit verursachen können, daß, wo der Verzicht ein stillschweigender ist, auch der Natur der Sache nach die Acceptation desselben nur eine stillschweigende zu sein braucht, ja, häufig nur sein kann und daher hinreichend in dem Factum der Nichtzahlung vorliegt. Hiermit würde auch übereinstimmen, daß in den sehr wenigen Fällen, wo Schenkungen durch bloße Unterlassungen zulässig sind[4], eine besondere Acceptation nicht gefordert wird und häufig selbst nicht denkbar erscheint.

In der That aber ist es zu einer gründlichern Beseitigung dieser Schwierigkeit erforderlich, den Umfang der Entäußerung genauer zu bestimmen, welche in der Handlung des Berechtigten vorliegt, wobei sich zugleich Licht über eine andere vielbestrittene Frage ergeben wird. — In dem Eintretenlassen der Klagverjährung liegt seitens des Berechtigten nicht die nothwendige Absicht, den Schuldner zu bereichern, es liegt nicht die positive Absicht nothwendig darin, nicht bezahlt zu werden, sondern nur dies liegt darin: es auf den freien Willen des andern ankommen lassen zu wollen, ob er werde zahlen wollen oder nicht. Hieraus folgt also: es wird nur auf das Zwangsmittel zur

---

[1] Wegen dieser ihrer eine freiwillige Handlung darstellenden Natur muß es daher heißen: „agere *non valenti non currit* praescriptio".

[2] L. 121 De R. J. (50, 17), cf. L. 28 pr. de V. S. (50, 16): Eum quoque *alienare* dicitur qui non utendo amisit servitutes.

[3] Vgl. von Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen (Marburg 1835), I, 208, und Fritz im Jur. Archiv, VIII, Nr. 15.

[4] Vgl. Savigny, System, Beil. IX zu Bd. 4.

Beitreibung der Forderung verzichtet, nicht auf diese selbst[1], oder, was hierdurch wieder nothwendig gegeben ist, es wird nur auf den civilen Charakter der Obligation verzichtet, die *obligatio naturalis* bleibt bestehen.[2]

Wer eine Schuld, die nur eine obligatio naturalis darstellt, freiwillig bezahlt oder expromittirt, schenkt dadurch nicht, weil er den andern dadurch nicht wirklich bereichert, sondern, obgleich er nicht durch Zwang zur Zahlung angehalten werden konnte, ihm doch nur leistet, was ihm ohnehin wirklich zustand.[3] „Der Umfang des Vermögens ist dadurch nicht erweitert."[4]

Dies wird daher, wenn durch die Klagverjährung die obligatio naturalis nicht aufgehoben wird, jeder auch für die Zahlung der verjährten Schuld gelten lassen müssen. Bewirkt die Zahlung der bloßen obligatio naturalis keine Bereicherung des Gläubigers, weil diese ohnehin im rechtlichen Sinne zu seinem Vermögen gehört, so kann auch die in einer Unterlassung bestehende Handlung, durch welche eine civile Obligation zu einer blos naturalen wird, keine rechtliche Bereicherung des Schuldners bilden. Dieser Rückschluß ist bereits von Savigny versucht worden.[5] Derselbe geräth jedoch dabei wieder ins Schwanken. „Für ganz entscheidend", sagt er[6], „dürfte indessen dieser Grund nicht

---

[1] Ein Gegensatz, den man gewöhnlich, obgleich nicht ganz angemessen, so ausdrückt: daß die actio, nicht das Recht, zerstört wird.

[2] Aus der obigen Entwickelung scheint uns ein entscheidendes Licht auf die sehr controverse Frage zu fallen, ob die Klagverjährung eine obligatio naturalis übrig läßt oder nicht (s. die Literatur bei Savigny, System, V, 373, Note), eine Frage, die ohnehin von den meisten und angesehensten Autoren im bejahenden Sinne entschieden wird. Näher hier darauf einzugehen, ist nicht am Ort. Nur so viel ist zu bemerken, daß das hier von der Klagverjährung Gesagte natürlich nur von den persönlichen Klagen gelten kann. Bei den Klagen in rem liegt der Schwerpunkt in der von der Klagverjährung ganz verschiedenen Usucapion, d. h. in der individuellen Thätigkeit, bei welcher sich (s. oben sub D.) der individuelle Wille durch seine Thätigkeit die Sache als die seinige erzeugt (erwirbt), ganz unabhängig von dem Eigenthümer, und daher actio und obligatio zugleich ausschließt. Die auch bei der Usucapion seitens des frühern Eigenthümers unterlaufende Nichthandlung und Klagverjährung tritt hier ganz in den Hintergrund und gibt nur die bloße Möglichkeit für den Usucapienten ab, sich das Eigenthum zu erzeugen.

[3] L. 19, §. 4 de don. (39, 5); L. 64 de cond. indeb. (12, 6) „. . . naturale agnovit debitum."

[4] Worte Savigny's, IV, 53.

[5] System, IV, 583: „Da nun durch die Klagverjährung lediglich eine civilis obligatio in eine naturalis verwandelt wird, so scheint auch diese umgekehrte Veränderung nicht als Schenkung betrachtet werden zu dürfen."

[6] Das. Note a.

gelten. Die naturalis obligatio hat ihren Halt, abgesehen von zufälligen Zwangsmitteln, in der rechtlichen Gesinnung des Schuldners, und darum hauptsächlich gilt hier die freiwillige Zahlung oder Expromission nicht als Schenkung, sondern als gewöhnliche Schuldenzahlung. Wenn aber der Gläubiger die Klagverjährung wissentlich ablaufen läßt, welches nur eine Form des Erlasses ist, so ist durch dessen Willen in dem Schuldner jener Beweggrund (der freiwilligen Pflichterfüllung) aufgehoben."

Es muß aber bereits klar sein, auf welcher nicht hinreichend scharfen Unterscheidung dieser Einwurf, den Savigny sich macht, beruht, und wie er mit der obigen Begriffsbestimmung von selbst verschwindet. Es ist nämlich nicht wahr, daß die Klagverjährung eine „Form des Erlasses" ist. Denn die Schuld selbst wird bei ihr nicht erlassen[1], sondern nur, indem auf die Zwangsmittel verzichtet wird, die Bezahlung derselben in den rechtlichen Willen des Schuldners gestellt.[2]

Indem nun aber der rechtliche Wille auf die freiwillige Pflichterfüllung gerichtet sein soll, fällt, weil eben nur an diesen Willen appellirt, die Schuld selbst aber nicht erlassen worden ist, der Beweggrund der freiwilligen Pflichterfüllung durchaus nicht fort und die naturalis obligatio bleibt bestehen. Oder, was der richtigere und den wahrhaften Grund enthaltende Ausdruck der Sache ist, es ist wegen des Verzichts auf den Zwang noch nicht die positive Absicht, den Schuldner zu bereichern, vorhanden. Der Gläubiger hat sich nur der Zwangsmittel

[1] Dies beweist sich aufs strengste durch die juristische Wirkung, welche der naturalis obligatio noch immer als *exceptio* zukommt, z. B. zum Behuf der Compensation oder bei dem Pfandrecht u. s. w. Eine solche fortdauernde juristische Wirksamkeit der naturalis obligatio wäre ja aber schlechterdings unmöglich, wenn durch die Reducirung der *civilis obligatio* auf die *naturalis obligatio* die Schuld selbst erlassen würde [gleichviel ob diese Reduction durch Klagverjährung oder durch eine andere ebenso wirkende Ursache vor sich geht, wie z. B. die Proceßverjährung, von der ja ganz positiv feststeht, daß sie — L. 8, §. 1 ratam rem (46, 8) — ein „naturale debitum", das compensirt werden kann u. s. w., zurückläßt]. Ja, wer einmal, wie Savigny, der Ansicht ist, daß die Klagverjährung eine naturalis obligatio bestehen läßt, der müßte dann ja, weil doch durch sie eben gar nichts anderes bewirkt wird als die Reduction der civilis auf die naturalis obligatio, wenn diese dennoch einen Schulderlaß in sich schließen soll, ebenso gut bei allen andern freiwilligen Handlungen, durch welche ich Anlaß zu einer diese Reduction bewirkenden exceptio (z. B. zur exceptio SC. Macedoniani) gebe, einen solchen Erlaß der Schuld annehmen.

[2] Dies ist also der durchgreifende Gedankenunterschied zwischen dem Eintretenlassen der Verjährung und zwischen der Acceptilation oder dem Pactum, welche eben den Erlaß der Schuld selbst darstellen und deshalb durch ihre Vertragsform auch die besondere Acceptation des Schuldners erfordern.

entäußert, nicht der Forderung selbst. Diese freiwillige, aber auf die bloßen Zwangsmittel beschränkte Entäußerung des Gläubigers liegt sogar auch dann vor, wenn derselbe aus bloßer Nachlässigkeit die Klagverjährung eintreten ließ. Denn wer sich um die Formen und Bedingungen, welche ihm das jus civile zur gesicherten Erlangung seiner Rechte vorschreibt, nicht bekümmert, verzichtet allerdings freiwillig auf diese ihm durch das positive Recht dargebotene Sicherheit und kann somit um jedes civile Mittel zur Durchführung seiner Ansprüche kommen; allein eine positive Absicht zu schenken ist auch bei ihm nicht vorhanden.[1]

Wenn aber feststeht, daß die Klagverjährung seitens des Gläubigers, obwol eine freiwillige Handlung desselben und eine Entäußerung der Zwangsmittel darstellend, dennoch keine nothwendige Absicht zu bereichern in sich schließt, so ist damit auch erklärt, warum bei diesem Verzicht keine besondere Acceptation hinzuzutreten braucht, um denselben bindend zu machen.

In der That liegt aber diese Annahme, stillschweigend wie der Verzicht des Gläubigers, ebenso auf Seite des Schuldners vor.

Wenn der Gläubiger durch seine Unterlassung erklärt, daß die Zahlung der Schuld auf den Willen des Schuldners ankommen solle, so ist die Unterlassung des Letztern — das Nichtzahlen innerhalb der Verjährungsfrist — gleichfalls ein verborgenes Handeln, durch welches er dies annimmt, daß es von nun an auf seinen Willen ankommen solle.[2] Dies ist auch dann der Fall, wenn der Schuldner aus bloßer Sorglosigkeit oder Unkenntniß der Schuld nicht gezahlt hat. Diese Sorglosigkeit und Unkenntniß selbst drückt gewiß aus, daß er damit zufrieden ist, wenn civile Zwangsmittel gegen ihn untergehen und die Erfüllung seiner rechtlichen Pflichten in seine natürliche und moralische Verbindlichkeit übergeht.[3] Wer dies nicht will, wer den Gläubiger gegen sich selbst oder

---

[1] Die Klagverjährung ist, wie ihr Begriff und ihre Geschichte gleichmäßig zeigen, zunächst ein rein positives Rechtsinstitut. Zu einer Willensaction des Individuums wird sie erst dadurch, daß unter dem Dasein dieses Gesetzes das Individuum die von demselben gegebenen Fristen, welche ihm zur Wahrung seiner Rechte gestellte Bedingungen ausmachen, freiwillig verstreichen läßt. Das ursprünglich rein legale Recht wird also, wie bei der Klage (s. §. 3 und 6), durch Ergreifung desselben durch das Individuum zu einem individuellen, nur daß hier die Handlung in der Form des Nichthandelns auftritt.

[2] Es fällt von hier aus ein Blick mehr auf die Bedeutung der Regel des Ulpian, L. 1 de except. (44, 1): „Agere enim is videtur qui exceptione utitur, nam reus *in exceptione actor est.*" Wenn der handelt, der sich einer Exception bedient, so handelt gewiß auch der, der sich durch willkürliches Nichthandeln diese Exception schafft.

[3] Die bestimmte Hervorhebung dieses Punktes ist durchaus nicht überflüssig denn es verhält sich allerdings so, daß keinem eine Vermögensvergrößerung wider

z. B. seine eigenen Erben *sichern* will, der muß sich um seine Schulden bekümmern und vor dem Ablauf der Verjährung zahlen. Es liegt also ein zwar stillschweigendes, aber deshalb nicht weniger vollständiges beiderseitiges *Uebereinkommen* vor, durch welches ein ursprüngliches Geschäft des Civilrechts aus der Sphäre des Civilrechts heraus- und in den freien naturalen Willen hineinversetzt wird, gerade so, wie es den Parteien ja von vornherein freigestanden hätte, ihre Handlungen so einzurichten, daß sie gleich ursprünglich den Kreis des Civilrechts vermieden und nur ein Verhältniß zu dem blos natürlichen Willen begründeten.

Wenn unter einem Gesetze, welches bei einem Darlehnsvertrage die civile Gültigkeit der Zinsverabredung von dem Dasein eines schriftlichen Vertrags abhängig macht[1], der Gläubiger unter blos mündlicher Verabredung auf Zinsen borgt, so ist hierbei gewiß von keiner *Absicht* zu *bereichern* seitens des Gläubigers die Rede. Diese ist durch seine eigene Handlung — die *mündliche Verabredung* Zinsen zu zahlen — vielmehr *ausdrücklich ausgeschlossen*, und die Errichtung eines schriftlichen Vertrags nur wegen eines Vertrauens auf die Gesinnung des Schuldners oder aus Nachlässigkeit unterlassen worden. Aber diese Verpflichtung wurde durch die Unterlassung des schriftlichen Vertrags von beiden Seiten von vornherein außerhalb der Civilrechtssphäre in den blos naturalen Willen des Schuldners gesetzt und bleibt daher nur an diesen gebunden.

Da somit ganz ebenso die Klagverjährung das beiderseitige *Uebereinkommen* in sich schließt, die Erfüllung einer früher civilen Verpflichtung jetzt in den naturalen Willen des Schuldners zu setzen, so wird natürlich dieses Uebereinkommen, wenn es einmal, durch Ablauf der Frist, *eingetreten* ist, durch spätere, die Klagverjährung aufhebende Gesetze nicht mehr geändert, während ebenso natürlich solche *während* der Verjährungsfrist — also *ehe* ein Uebereinkommen vorliegt — eintretende, die Verjährung aufhebende oder modificirende Gesetze sofort einwirken müssen.

Vielleicht würde man gegen diese Darstellung einwenden wollen, sie laufe, da sie die Klagverjährung als ein Uebereinkommen auffaßt, welches

---

seinen Willen aufgezwungen werden und hierin sogar eine injuria liegen kann; s. Böcking, Pandekten des Röm. Privatrechts, I, 366, Note 12. Aus dem Obigen folgt nun aber auch, daß der Schuldner trotz der bereits eingetretenen Klagverjährung vom Gläubiger *nicht* gehindert werden kann, die verjährte Schuld zurückzuzahlen.

[1] So z. B. Allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 11, §. 729: „Soll aber ein Darlehnsvertrag auf eine andere bestimmte Zeit *gegen Interessen* oder auf andere Bedingungen geschlossen werden, so ist, wenn dem Gläubiger eine Klage auf *Erfüllung dieser Verabredungen* zustehen soll, ohne Unterschied der geliehenen Summe ein schriftlicher Vertrag erforderlich."

die Schuld zwar nicht erläßt, aber ihre Entrichtung nur an den naturalen Willen des Schuldners bindet, auf eine Stipulation hinaus, durch welche der Schuldner unter der Bedingung, si velit, etwas verspricht, eine bekanntlich das Dasein einer Obligation ganz vernichtende Stipulation.[1] Diese Vergleichung ist zwar von scheinbarer, in der That aber von gänzlich täuschender Natur. Wenn ich stipulire und dabei meine Verpflichtung an die bloße Bedingung meines Willens binde, so begehe ich den sich selbst aufhebenden Widerspruch, daß ich gleichzeitig mich civilrechtlich verpflichte, und diese civilrechtliche Verpflichtung zugleich auch wieder aufhebe, indem ich sie an meinen natürlichen Willen binde. Durch diese Gleichzeitigkeit stellt die Erklärung einen sich absolut zerstörenden innern Widerspruch dar. Indem ich zugleich stipulire und die Stipulation wieder aufhebe, habe ich nothwendig nichts gethan.[2]

Ganz anders stellt sich das Verhältniß in dem von uns betrachteten Fall. Hier ist — bei der Klagverjährung —, indem der civilrechtliche Zwang nicht, wie bei der rein potestativen Stipulation, durch die Uebereinkunft selbst erst gesetzt wird, sondern ihr vielmehr vorausgeht[3],

---

[1] L. 17; L. 46, §. 3; L. 108, §. 1, de verb. oblig. (45, 1); L. 7 pr. de contr. emt. (18, 1); vgl. Allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 4, §. 108, und Code Nap., Art. 1174.

[2] Durch ein interessantes Urtheil entschied der pariser Cassationshof am 31. Dec. 1843 (Sirey, 35, 1, 525), daß ein Kaufcontract, welcher die Bestimmung enthielt, daß der Kaufpreis zahlbar sein solle „*à la volonté* de l'acquéreur" und bis dahin jährlich exigible Zinsen tragen solle, keine ungültig machende potestative Bedingung in sich schlösse, weil er eine Rentenconstitution darstelle. — Wir halten die Entscheidung für richtig, aber schwerlich das so ausgedrückte Motiv. Einen Rentenconstitutionsact hatten die Parteien nicht beabsichtigt, und schon deshalb konnte der Act nicht wohl für einen solchen ausgegeben werden. Aber durch die jährlich exigibeln Zinsen war allerdings hervorgebracht, daß der Act nicht den oben entwickelten Widerspruch enthielt, einen civilen Willen zu setzen und ihn wieder gänzlich aufzuheben und der naturalen Freiheit unterzuordnen. In Bezug auf die Hauptstipulation, die Kaufpreiszahlung, war dies der Fall. Aber es blieb die civile Verpflichtung, dann Zinsen zu zahlen. Es war somit etwas gethan, ein civiler Zwang übriggeblieben und somit die Selbstzerstörung, welche, wie oben gezeigt, das Wesen der conditio si velit bildet, nicht vollbracht.

[3] Mit diesem Vorausgehen des Zwangsverhältnisses hängt es auch zusammen, daß bei der Erbeinsetzung des Suus, welcher unfreiwilliger Erbe ist, die Hinzufügung der Bedingung si velit nicht ungültig ist, sondern seine Verpflichtung vielmehr wirksam aufhebt und den Erwerb der Erbschaft für ihn zu einem freiwilligen macht (L. 86 de her. inst., 28, 5; L. 12 de cond. inst., 28, 7). Man kann nicht sagen, es komme dies daher, weil dem Suus durch das Testament auch erst das — durch die Willensbedingungen nur modificirte — Recht übertragen werde. Der Suus empfängt das Recht nicht durch das Testament. Er hat es vor demselben und trotz desselben, wenn er in ihm präterirt ist. Damit er es

und durch sie nur aufgehoben wird, allerdings etwas gethan worden, und zwar etwas sich selbst durchaus nicht Widersprechendes und sehr Wirksames.[1]

Gesetze über Klagverjährung — dies war das Resultat unserer Entwickelung — können deshalb auf bereits verjährte Forderungen nicht rückwirken, weil, wenn einmal durch die beiderseitige individuelle Willensaction in gültiger Weise eine Verpflichtung von dem blos naturalen Willen abhängig gemacht und dem Civilzwange entsagt worden ist, diese Beschränkung der Verpflichtung auf den naturalen Willen und diese Entsagung auf den Civilzwang durch spätere Gesetze nicht verändert werden können, ohne frühere individuelle Handlungen zu alteriren und ihre Wirksamkeit zu entstellen.

Damit haben wir aber zugleich das Gesetz für eine sehr wichtige Frage entwickelt, die nur in diesem Zusammenhange in ihrer wahren Natur zu begreifen ist, und deren Verkennung die falschesten Entscheidungen zur Folge gehabt hat. Diese Frage wäre, bei strengster Festhaltung der logischen Disposition des Werks, erst an anderer Stelle zu entwickeln. Da aber ihre Beantwortung ihrer innern Natur nach ganz aus der letzten Entwickelung resultirt, so ist es ein wesentlicher Vortheil der Kürze und Deutlichkeit, dieselbe gleich hier anzureihen. Es wird daher im Interesse der logischen Disposition genügen zu bemerken, daß hier eigentlich der §. 2, d. h. der Nachweis des versteckten Umfangs des Begriffs, sein Ende erreicht hat und der nachfolgende Excurs nur deshalb hier seine Stelle findet, weil die betreffende Frage doch nur im Zusammenhange mit der gegenwärtigen Entwickelung zu begreifen ist und durch ihre Einreihung hierselbst daher sonst unerläßliche weitläufige Wiederholungen vermieden werden. — Wir stellen die Frage gleich so, wie sie ihrer begrifflichen Natur nach wirklich gestellt werden muß, obgleich sie

---

nicht habe, muß er formell exhäredirt, das Recht ihm also durch das Testament erst genommen sein. Auch wird, da der Suus ja eben zur Erbschaft gezwungen ist, durch das si velit nicht sein Recht, sondern nur seine Verpflichtung aufgehoben, und es ist dies also allerdings eine Bestimmung, durch welche die Verpflichtung eines Verpflichteten an seinen naturalen Willen gebunden wird. Die Zulässigkeit kommt daher, daß die civilrechtliche Verpflichtung dem Testament bereits vorhergeht und durch dasselbe nur aufgehoben, nicht gesetzt und aufgehoben zu gleicher Zeit wird. — Nicht hierher zu ziehen ist der ganz anders zusammenhängende Fall der conditio si velit beim Legat.

[1] Und ebenso liegt in dem obigen Beispiel, wo kein schriftlicher Vertrag über die Zinsverabredung gemacht wurde, nicht der logische Widerspruch vor, zugleich eine civile Pflicht einzugehen und sie an den naturalen Willen zu binden, d. h. aufzuheben, sondern es ist nur eine Verpflichtung des blos naturalen Willens hervorgebracht und die Civilsphäre in Bezug hierauf ganz vermieden worden; ein ganz logisches und darum vollständig wirksames Thun.

in den Fällen, in welchen sie innerlich zur Anwendung kam, eben nicht so gestellt worden ist und hieraus dann die irrigen Entscheidungen fließen mußten.

Wie wird es sich nämlich verhalten, wenn der blos naturale Wille durch eine Aenderung in der Gesetzgebung in die Lage kommt, nunmehr auch den Anforderungen zu entsprechen, die an das Dasein eines civilen Willens gestellt werden? Wird die zur Zeit der Handlung in den blos naturalen Willen gesetzte Verpflichtung durch das neue Gesetz, wenn nach diesem dieselbe Handlung jetzt auch zur Begründung eines civilen Willens hinreichen würde, hierdurch nachträglich zu einer civilen Verpflichtung?

Die Frage braucht aber nur so gestellt und durch diese Art der Fragestellung in ihre wahrhafte begriffliche Natur aufgelöst zu werden, um nach dem oben Entwickelten ihre unbedingte Verneinung gewiß zu machen. Denn es würde sonst eine unzweifelhafte Rückwirkung vorliegen. Es würde durch diese vom Individuum ungewollte Verwandlung seines naturalen Willens in einen civilen ihm Gewalt angethan, die Freiheit, die es sich vorbehielt, aufgehoben und seiner Handlung eine größere Wirksamkeit aufgezwungen, als sie nach der Absicht der sich mit der Verpflichtung des naturalen Willens begnügenden, dem Civilzwange entsagenden Individuen hatte und haben sollte.

Dies kommt zunächst zur Anwendung bei der schon oben (S. 115, Anm. 1) beispielsweise angezogenen Vorschrift des Allg. Landrechts, nach welcher die Zinsverabredung beim Darlehn nur dann eine Klage „auf Erfüllung dieser Verabredung" erzeugen soll, wenn ein schriftlicher Vertrag darüber geschlossen worden.

Wenn nun ein neues Gesetz diese Nothwendigkeit des schriftlichen Zinsversprechens aufhöbe, würde eine unter dem Allg. Landrecht getroffene mündliche Zinsverabredung dadurch wirksam werden? Man entscheidet diese Frage verneinend, und diese Entscheidung ist richtig. Aber es ist nicht blos von theoretischem, sondern, wie sich bald zeigen wird, von handgreiflich praktischem Interesse, darzuthun, wie die Gründe, auf welche man diese Entscheidung stützt, nicht erschöpfend sind und deshalb in ihren Consequenzen auf große materielle Irrthümer geführt haben und führen mußten.

Man gründet diese Entscheidung darauf, daß die Form eines Rechtsgeschäfts stets nach den Gesetzen zur Zeit seiner Vollbringung zu beurtheilen sei, und verwechselt dabei, sie unterschiedslos als identisch betrachtend, diejenige Form des Rechtsgeschäfts, welche nach dem Gesetze zum Dasein eines civilen Willens überhaupt erforderlich ist, und diejenige Form, welche vom Gesetze blos für die Beweisfähigkeit einer Handlung gefordert wird.

Wenn man diese Unterscheidung nicht macht, so ist die Formel, daß es in Bezug auf die Form des Rechtsgeschäfts auf das Gesetz zur Zeit der Handlung ankommt, zwar unbedingt richtig, wenn das spätere Gesetz die Formen des Rechtsgeschäfts *erschwert*. Denn hier würde durch die Anwendung des spätern Gesetzes die früher gewollte Handlung des Individuums vernichtet werden. Aber die Formel wird sofort schwierig und zweifelhaft, wenn das neue Gesetz die Form des Rechtsgeschäfts nicht erschwert, sondern *erleichtert*, und seine Anwendung somit nur die *Aufrechthaltung des individuellen Willens hervorbringt*. Hier wird die Formel nicht mehr unbedingt gelten [1], und auch wo sie gilt, scheint sie ihren innern Grund, ihre begriffliche Wahrheit zu verlieren. In der That, worauf gründet sich jene Formel, daß der Contract nach den Gesetzen zur Zeit seiner Schließung zu beurtheilen sei? Darauf, daß die individuelle Willensaction nicht rückwirkend denaturirt werden darf. In dem von uns unterstellten Falle war aber die *individuelle Handlung* die, daß der Schuldner, wie wir voraussetzen, *eingestandenermaßen* Zinsen zu leisten *verabredet* hat. Wie also, wenn nicht weiter unterschieden wird, könnte er sich bei Anwendung des neuen Gesetzes über rückwirkende Entstellung seiner individuellen Willensaction beschweren?

Die hier entwickelte Schwierigkeit gewinnt nur eine *äußere* Consistenz mehr unter der Herrschaft des Allg. Landrechts durch den §. 17 der Einleitung desselben, welcher verordnet:

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den ältern Gesetzen ungültig sein würden, sind *gültig*, insofern nur die nach den *neuern* Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits dabei angetroffen werden."

Allerdings wird dieser Paragraph von fast allen Schriftstellern (Savigny, VIII, 409 fg.; Bornemann, S. 17 fg.) hart getadelt. Aber seine relative Richtigkeit, die wol hier bereits durchschimmert, wird uns bald ganz deutlich zu Tage treten. Und jedenfalls muß diese gesetzgeberische Bestimmung das Gewicht der eben entwickelten begrifflichen Einwendungen gegen die ausreichende Richtigkeit der Formel noch verstärken.

Faßt man die Formel tempus regit actum gar ausdrücklich, wie häufig geschieht, als eine Regel über die *Beweisfähigkeit* der Handlung auf, so bleibt sie richtig, wenn das neue Gesetz früher zulässige Beweismittel aufhebt. Denn die Beweiskraft, die der bestimmten Form einer individuellen Handlung nach dem Gesetze beiwohnt, ist ein von dem Individuum, das diese Handlung vornahm, wie jeder andere Theil seiner

[1] Z. B. nicht bei den Testamenten, vgl. Allg. Landrecht und unten §. 11.

Handlung freiwillig Gesetztes und somit wie alles seiner Handlung Innewohnende von ihm Erworbenes.[1] Das Individuum wählte diese Form der Handlung, weil sie nach dem Gesetze bereits genügte, den Beweis zu erbringen, und würde andernfalls eine andere Form gewählt haben. Hier also kann man allerdings die Fiction anwenden, daß die Individuen beim Contract auch über die Zulässigkeit der zur Zeit gesetzlich zulässigen Beweismittel contrahiren. Aber ganz

[1] Diese erworbene Natur der in einer Handlung nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Vollbringung liegenden Beweiskraft verkennt Bergmann gänzlich, wenn er S. 27 meint, daß nach der reinen Idee der Sache, die er in höchst gespenstischer Weise überall zu den positiven Rechten in Gegensatz bringt, auch das zur Zeit der Handlung zulässige Beweismittel durch das neue erschwerende Gesetz ausgeschlossen werden müßte. Er gründet dies darauf, daß es beim Beweis auf die Ueberzeugung des Richters ankomme, welche durchaus Sache der Gegenwart sei. „Es könnte demnach", sagt er, „bei jenem Resultat nicht darauf gesehen werden, ob die zu beweisende Thatsache in der Vorzeit geschehen sei, zu einer Zeit, wo man die Aussicht auf eine leichte Beweisführung hatte; es könnte nicht einmal darauf ankommen, ob sie bei einem pendenten Processe schon in der Vorzeit durch ein Urtheil bestimmt gewesen, wie der Beweis einzurichten sei, oder ob damals die Beweisführung schon vorgenommen worden — denn allen diesen Rechten und Erwartungen müßte die jetzige Wahrheit derogiren." Dieses Raisonnement wurzelt offenbar nur in dem gänzlichen Verkennen des Begriffs der Rückwirkung, der nur in der Aufhebung individueller Handlungen und durch sie erworbener Rechte besteht und also ebenso gut auch auf das durch eine Handlung erworbene Recht ihrer Beweiskraft platzgreift. Erscheint auch der Beweis dem Richter nach seinen jetzigen Urtheilsnormen nicht mehr als eine Wahrheit begründend, so können doch die Parteien innerhalb der Privatrechtssphäre, weil und soweit sie hier über das Object des Rechtsverhältnisses selbst willkürlich transigiren können, mit derselben gültigen und für den Richter verbindlichen Willkür bestimmen, was für sie eine Wahrheit oder derselben gleichstehende Wirksamkeit begründen solle. Die Pflicht des Richters, die Wahrheit nach seinem Bewußtsein zu untersuchen, tritt nur ein, insoweit eine solche Bestimmung von den Parteien nicht getroffen oder insoweit es sich um Dinge handelt, über welche die Privatwillkür nicht transigiren kann, weil sie dem jus publicum entflossen (hierüber s. §. 7). Aber auch bei diesen kann nicht die Rede davon sein, einer vollbrachten freiwilligen Handlung den Zeugenbeweis zu versagen, weil ein späteres Gesetz nur im schriftlichen Beweis die Wahrheit erblickt. Denn es würde diese Anwendung des neuen Gesetzes nicht blos die jetzige Beweiskraft der Vorschrift desselben unterwerfen, sondern vielmehr hervorbringen, daß die in mündlicher Form geschehene und nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung in dieser Form gültige und wirksame individuelle Handlung durch das neue Gesetz zu einem, weil nicht in schriftlicher Form gehandelt wurde, ungültigen und unwirksamen Handeln herabgesetzt würde. Es würde also die Anwendung des Gesetzes sich aus einer Anwendung auf die jetzige Beweiskraft in eine Anwendung auf die formelle Perfection der damaligen Handlung verkehren, d. h. in die schreiendste Rückwirkung, in die nachträgliche Vernichtung der formellen Gültigkeit individueller Handlungen.

anders stellt sich die Frage, und *ganz falsch* wird die Anwendung dieser Formel da, wo das neue Gesetz früher *nicht* zulässige Beweismittel zulässt, z. B. den Zeugenbeweis, wo er früher ausgeschlossen war. In dem ersten Fall hat der Contrahent durch die damals beweisfähige Form, die er für seine Handlung wählte, diese Beweisfähigkeit als einen Theil der Handlung bildend zu einem Erworbenen gemacht. In dem zweiten Fall hat er, da er keine Handlung wählte, die nach dem damaligen Gesetze beweisfähig war, *keinen* Beweis seiner Handlung erworben, er hat nur *kein* erworbenes Recht auf Beweis, und steht somit schon darum *unter der sofortigen Einwirkung des Gesetzes*. Denn woher sollte er das Recht *erworben* haben, sich durch keine *andern* Beweismittel beweisen zu lassen, als durch die zur Zeit des Rechtsgeschäfts gesetzlich zulässigen, die er aber noch dazu damals *nicht* ergriff und in individuelle Handlungen verwandelte, die also um so mehr bleiben, was sie waren: bloße gesetzliche Bestimmungen?

Zur Zeit der Handlung waren diese Beweismittel unzulässig. Aber nur durch die Kraft des *Gesetzes*. Welche Beweismittel zulässig sein sollen — dies ist eine bloße Bestimmung des Gesetzes, an und für sich ganz unabhängig vom Willen des Individuums. Diese Bestimmung ist nun auch in keiner Weise vom Individuum verseinigt worden, denn durch *Nichthandeln* — in der gesetzlich beweisenden Form, ein weiteres liegt nicht vor — erwirbt sich keiner Rechte, zu deren Erzeugung ja eben die individuelle Handlung erforderlich ist. Noch deutlicher wird dies vielleicht in folgender Wendung: Die *Zulässigkeit* eines Beweismittels kann *erworben* werden, wenn das Individuum dieselbe eben zu seiner Willensaction und Handlung macht. Sie überdauert daher den Gesetzwechsel. Die *Unzulässigkeit* eines Beweismittels dagegen ist eine *rein prohibitive* Bestimmung des Gesetzes, die somit von der individuellen Willkür unabhängig, niemals von selbst und stillschweigend als ein durch sie Gesetztes erscheinen kann. Um sie zu einem solchen zu machen, bedürfte es einer ausdrücklichen *Vertragsbestimmung* darüber, daß dies Beweismittel durch den Willen der Parteien stets ausgeschlossen bleiben soll, und eine solche Vertragsbestimmung liegt nicht vor, wo kein schriftlicher Vertrag vorliegt, oder würde sich eventuell wieder nur durch Zulassung des Zeugenbeweises erweisen lassen können. Darin aber, daß die Parteien das gesetzlich unzulässige Beweismittel nicht *ausdrücklich* als *zulässig* bestimmt haben, liegt um so weniger eine stillschweigende Ausschließung seiner Zulässigkeit durch ihre eigene Willkür vor, als vielmehr eine solche Stipulation, solange das prohibitive Gesetz bestand, ganz ohne Wirkung geblieben wäre. Die übliche Fiction, die gesetzlichen Verordnungen als stillschweigend von den Parteien in den Contract geschriebene Willensbestimmungen zu betrachten, läßt sich nur auf solche Gesetze an-

wenden, die vermittelnder, nicht absoluter Natur sind, d. h. auf solche, die auch ein Abweichen von ihrer Vorschrift der individuellen Willkür gestatten. Hier wird durch das Nichtabweichen von der gesetzlichen Regel der Rückschluß begründet, daß der individuelle Wille, gerade weil er von der gesetzlichen Regel abweichen konnte und dies nicht that, auch nicht abweichen wollte und somit ihren Inhalt als seinen individuellen Willen und Bedingung stillschweigend in den Contract gesetzt hat. Allein jede logische Möglichkeit dieses sich nur auf das Abweichen können gründenden Schlusses fällt fort, wo das Gesetz ein absolutes und deshalb den individuellen Willen ausschließendes war.[1] Das Festhalten jener Formel für diesen Fall, in welchem ihr Sinn verschwunden, wird zum sinnlosesten Formelkram! Ebenso liegt in dem Nichthandeln in der damals beweisenden Form nur, wir wiederholen es, ein Nichterwerben von Beweis, nicht ein Erwerben eines Rechts auf Nichtbeweis! Dies wird noch evidenter daran, daß die Frage, ob mein Mitcontrahent mir einen Beweis wird erbringen können, eine Frage ist nach dem objectiven Dasein einer Thatsache, die somit, mindestens wenn nicht ein ausdrücklicher Verzicht meines Mitcontrahenten vorliegt, ganz außerhalb der rechtlichen Einwirkung meines individuellen Willens liegt. Denn wenn auch die zu beweisende Thatsache in meiner eigenen Handlung besteht, so ist dieselbe, ehe ich sie vornahm, Sache meines freien Willens, einmal vorgenommen aber zu einer objectiven und von mir unabhängigen äußern Thatsache geworden, bei deren Nachweisung der Gegner es also durchaus nicht mit einem an meinen Willen Geknüpftes, sondern lediglich mit der richterlichen Ueberzeugung und der gesetzlichen Erlaubniß zu thun hat. Ein freiwilliger Verzicht aber auf den Zeugenbeweis, wo das Gesetz ihn ausschließt, ist gerade deshalb nicht bei ihm vorhanden, während sein Verzicht auf die beweisfähige Form des schriftlichen Vertrags nur ein Vertrauen und nichts

[1] Es ist nur dieselbe streng logische Unterscheidung, welche z. B. das französische Gesetz vom 18. Pluviôse V veranlaßt hat, einen Unterschied zu machen zwischen den Erbschaftsentsagungen der Töchter, welche vor dem die Gleichheit im Erbrecht herstellenden Gesetz vom 8. April 1791 unter Gewohnheitsrechten ausgegangen waren, welche die Töchter ohnehin von der Erbschaft ausschlossen und unter solchen, welche das nicht thaten. Auf den Vorschlag von Tronchet entschied der Gesetzgebende Körper, daß die Töchter, welche früher unter der Herrschaft der Coutumes d'exclusion entsagt hatten, schon zu den vom Datum des Gesetzes vom 8. April 1791 ab eröffneten Erbschaften berufen sein sollten, da diese Renonciationen nur „comme surérogatoire" zu betrachten seien; daß dagegen die Töchter, welche unter der Herrschaft von Coutumes de non-exclusion entsagt hatten, erst von dem Conventsdecrete vom 5. Brumaire II ab, welches diese Entsagungen ausdrücklich vernichtet hatte, berufen sein sollten.

hierüber Hinausgehendes, keinesfalls aber doch einen Verzicht auf Zeugen, sondern höchstens eben einen Verzicht auf Schrift darstellen können würde.

Wie sollte der Beklagte also in der Anwendung des neuen den Zeugenbeweis zulassenden Gesetzes eine Rückwirkung behaupten können? Die einzige Form, die einer solchen Behauptung zu geben wäre, wäre diese: Er habe damals ebendeshalb nur mündliche Verabredung getroffen, um überhaupt jeden Beweis seiner Handlung ausschließen, jede Spur ihrer Wirklichkeit verwischen zu können, und durch die Zulassung des Beweises verändere man die Absicht bei seiner individuellen Handlung, d. h. er würde seinen eigenen dolus einwenden und folglich nicht zu hören sein.

Wenn nichtsdestoweniger oben die Entscheidung (S. 117), daß auf die gegenwärtig unter dem Allg. Landrecht getroffene mündliche Zinsverabredung nicht ein die Nothwendigkeit des schriftlichen Vertrags aufhebendes neues Gesetz angewendet werden kann, von uns als richtig zugegeben worden ist, so beruht dies auf folgenden Gründen. Die in Rede stehende Vorschrift des Allg. Landrechts (Thl. I, Tit. 11, §. 729) bildet gar keine Verordnung über die Beweisfähigkeit der Zinsverabredung. Indem sie nämlich sagt, es sei „wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredung zustehen soll", ein schriftlicher Vertrag erforderlich, unterstellt sie das wirkliche Dasein der mündlichen Verabredung und verweigert dennoch die Klage. Der Beklagte würde also hier die Wahrheit der vom Kläger behaupteten Zinsverabredung eingestehen können, und es wird gleichwol die Abweisung der Klage folgen müssen. Dies heißt aber nichts anderes, als daß diese Vorschrift des Allg. Landrechts die schriftliche Errichtung hier nicht als Beweismittel des Vertrags auffaßt, sondern als Bedingung für das Dasein eines civilen verbindlichen Willens überhaupt. Sobald diese Bedingung nicht eingetreten, ist nach dem Allg. Landrecht in Bezug auf die Zinsleistung die Verpflichtung nur in den naturalen Willen gestellt; der civile Wille ist gar nicht verpflichtet worden und darum kein richterlicher Schutz vorhanden.

Ist aber von den Parteien etwas in den blos naturalen Willen gestellt worden, so bleibt dies trotz alles Gesetzwechsels nothwendig bestehen, und der blos naturale Wille kann durch ein späteres Gesetz nicht in einen zwingenden civilen verwandelt werden, ohne die Wirksamkeit individueller Willenshandlung gewaltsam zu verändern.

Nun aber erst beginnt das praktische Interesse dieser Erörterung. Wenn nämlich ein Gesetz, wie der Art. 1341 Code Nap.[1], den

[1] Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs même

Zeugenbeweis bei jedem Werthe über eine bestimmte Höhe ausschließt, und nun z. B. ein Darlehn ohne schriftlichen Beweis geschlossen worden ist, wird, wenn ein neues Gesetz die Unzulässigkeit des Zeugenbeweises aufhebt, der Zeugenbeweis für jenes Darlehn zulässig sein? Französische und deutsche Autoren haben mit einer seltenen Einstimmigkeit die Formel festgestellt, daß, weil die Beweisfrage kein ordinatorium, sondern ein decisorium litis bildet, und somit „plus au droit qu'à la forme" gehöre, die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines Zeugenbeweises lediglich nach dem Gesetz zur Zeit der Handlung zu beurtheilen sei. So z. B. Merlin[1]: „Ainsi s'agit-il d'une preuve par témoins? La forme dans laquelle il doit être procédé, dans les matières qui en sont susceptibles, ne dépend que de la loi du temps où la preuve se fait. Mais *la question de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité de cette preuve* ne peut être jugée que par la loi du temps où l'action a pris naissance." Die zahlreichsten Entscheidungen des pariser Cassationshofes haben diese Formel bestätigt.[2] Zwar sind diese Entscheidungen, da der Code civil das strengere Gesetz bildete, in Fällen ergangen, wo das neue Gesetz den früher zulässigen Zeugenbeweis ausschloß und sind somit in ihrem Fall ganz richtig. Allein es unterliegt keinem Zweifel, daß auch im umgekehrten Fall, wenn in solchen Gebieten, wo bisher der Code civil gilt, ein den Zeugenbeweis zulassendes Gesetz eingeführt werden würde, die tödtende Macht der Formel fortreißen und dieselbe Entscheidung herbeiführen würde. Ja, dies steht sogar ganz fest. Denn nicht nur bringt es die kategorische Form des angeführten Grundsatzes nothwendig so mit sich, sondern die Schriftsteller fassen auch ausdrücklich diesen Fall, daß das neue Gesetz früher unzulässige Beweismittel zuläßt, ins Auge und behaupten gleichwol die Anwendbarkeit jener Formel auch hierauf. So z. B. Merlin[3]: „S'il en est ainsi d'une loi ancienne qui admettait comme *probant* un acte à qui la loi nouvelle en refuse le caractère, si cet acte *conserve* sous la loi nouvelle la force probante que lui attribuait la loi ancienne, *il faut nécessairement dire, par la raison inverse, que la loi nouvelle ne peut pas rendre probante* un acte qui,

---

pour dépôts volontaires, *et il n'est reçu* aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes etc.

[1] Rép. de Jurispr. v° Effet rétroactif, Sect. I, §. 8, Thl. 5, S. 599.

[2] S. Urth. des pariser Cassationshofs vom 18. Nov. 1806, vom 22. März 1810, vom 9. April 1811, vom 8. Mai 1811, vom 17. Nov. 1829, vom 16. Aug. 1831, vom 23. Mai 1832. Vgl. Toullier, Thl. 9, Nr. 61. Duranton, Thl. 1, Nr. 66.

[3] A. a. O., V, 569.

d'après la loi sous laquelle il a été passé, ne pouvait pas faire preuve." Denselben falschen Rückschluß findet man ausdrücklich bei Bergmann[1]: „Wenn ferner für den Beweis gewisser Thatsachen besondere Beweismittel neu vorgeschrieben werden, welche sich zu verschaffen man bis dahin kein Interesse hatte, so können dergleichen Proceßgesetze als solche durchaus nicht auf ältere Thatsachen angewendet werden. Und das darf eigentlich nicht etwa nur in der Beziehung gelten, wenn durch neue Rechtsformen die Beweisführung erschwert ist, sondern muß auch dann eintreten, wenn sich in den neuen Gesetzen eine Erleichterung findet, von der sich nicht nachweisen läßt, daß sie in den einzelnen Processen beiden Parteien gleichmäßig zugute kommen würde. Die Parteien können sich in solchen Fällen mit Recht darauf berufen, daß, wenn sie die Zulässigkeit eines solchen Beweismittels vorausgesehen, sie sich in Ansehung des directen oder indirecten Gegenbeweises besser vorgesehen haben würden."[2]

Derselben Ansicht sind Savigny (VIII, 409 fg.) und Bornemann (S. 17 fg.), welche deshalb auch den oben bezogenen §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht geradezu als theoretisch falsch verwerfen, ohne seine relative Richtigkeit anzuerkennen.[3]

Diesem Einklang der Autoren gegenüber ist es erforderlich, auf das unzweifelhafteste darzuthun, wie in dem beispielsweise von uns gestellten Fall des unter der Herrschaft des Art. 1341 Code Nap. ohne schriftlichen Beweis gegebenen Darlehns ein späteres, den Zeugenbeweis zulassendes Gesetz schlechthin zur Anwendung kommen müßte.

Beeilen wir uns, den principiellen Unterschied zu constatiren, der diesen Fall von dem vorher erörterten der mangelnden schriftlichen Zinsverabredung trennt. Wir haben dort gezeigt, wie der Beklagte die mündliche Zinsverabredung eingestehen könnte, ohne verurtheilt werden zu dürfen, wie also das Gesetz hierdurch den schriftlichen Vertrag nicht als bloßes Beweismittel, sondern als nothwendiges Requisit für das Dasein eines civilen bindenden Willens überhaupt hinstellt. Ganz anders in den Fällen des Art. 1341 Code Nap.; denn hier kann der Kläger, worüber kein Streit herrscht, durch gerichtliches Eingeständniß des Beklagten oder Eidesdelation an denselben beweisen, und der Beklagte muß dann verurtheilt werden. Nur das bestimmte Mittel des Zeugenbeweises ist ausgeschlossen. Hiermit ist aber bewiesen, daß das Gesetz in diesem Falle die schriftliche Form nicht als Bedingung für die Existenz eines civilen bindenden Willens — sonst würde weder Eidesdelation noch Ge-

[1] A. a. O., S. 170.

[2] Derselben Ansicht ist Struve, a. a. O., S. 27.

[3] Ebenso Struve, a. a. O., S. 90.

ſtändniß des Beklagten helfen können, er würde ja immer nur einen naturalen, nicht zwingenden Willen eingeſtehen, und die Eidesdelation wäre deshalb ſogar unzuläſſig —, ſondern als bloßes Beweismittel fordert. Wenn dies aber bewieſen iſt, ſo iſt durch das vorher Geſagte auch erwieſen, daß nun die umgekehrte Folge eintreten und jetzt der Zeugenbeweis des neuen Geſetzes zuläſſig ſein muß. Da der Beklagte hier ſeinen civilen Willen verpflichtet hat, wie wird er in der Anwendung jenes Geſetzes eine Rückwirkung behaupten können? Leugnet er den ganzen mündlichen Darlehnscontract, ſo kann er nicht einwenden, daß ihm eine individuelle Handlung durch ein ſpäteres Geſetz denaturirt werde. Denn er behauptet dann eben, gar nicht gehandelt, alſo auch nichts ausgeſchloſſen zu haben. Hier alſo, wo es ſich um das geleugnete Daſein eines Contracts überhaupt handelt, wird die Formel von dem Geſetz zur Zeit des Contracts ſchlechthin ſinnlos und unanwendbar. Ihre Anwendung würde nur zeigen, wie der Formelkram ſogar den richtigen Gedanken tödtet, aus welchem die Formel hervorging.

Leugnet der Beklagte nicht den Darlehnsvertrag ſelbſt, ſondern nur einen Theil deſſelben, z. B. die Höhe der Summe oder eine Bedingung, ſo gibt er zwar eine individuelle Handlung zu, allein er kann, wie wir ſchon oben ſahen, keine Denaturirung derſelben behaupten. Durch den bloßen Erweis des Daſeins und Inhalts einer Handlung wird dieſelbe nicht geändert, ſondern im Gegentheil ihre Integrität gegen einen nachträglichen Aenderungsverſuch des Handelnden aufrecht gehalten. Ein an und für ſich in der Handlung eingeſchloſſenes Recht des Handelnden, dieſelbe für nicht geſchehen auszugeben, kann nicht gedacht werden; es wäre dies der logiſche Widerſpruch ſelbſt, da die einmal geſchehene Handlung eben hierdurch aufhört, dem Willen des Handelnden anzugehören und zum objectiven Umſtand wird. Auf Bergmann's Einwand, daß, wenn der Zeugenbeweis damals geſetzlich zuläſſig geweſen wäre, das Individuum ſich in Anſehung des Beweiſes oder Gegenbeweiſes beſſer vorgeſehen haben würde, iſt zu entgegnen, daß die Ausſchließung des Zeugenbeweiſes durch das Geſetz nicht ein Ausſchließen deſſelben durch individuelle Willkür darſtellt und dieſe Ausſchließung daher nicht zu einer ſtillſchweigenden Verabredung macht, die Ausſchließung des Geſetzes aber mit dem Daſein aufhört; daß ferner, wenn das Individuum als ein ſolches erſcheinen wollte, das bei ſeiner Handlung die ſchwankende und unſichere Natur des Zeugenbeweiſes habe vermeiden wollen, es zu dieſem Zwecke gerade hätte in ſchriftlicher Form handeln und ſo die ſichere Form des Beweiſes ſetzen müſſen, daß es aber eine wahre logiſche Monſtruoſität iſt, ſchließen zu wollen: weil ich nicht in ſchriftlicher Form, ſondern nur mündlich gehandelt, habe ich hierdurch den mündlichen Beweis excludiren wollen.

Eine Denaturirung der individuellen Handlung würde also nur dann vorliegen, wenn das Individuum behauptete, es sei von vornherein bei seiner Handlung seine besondere Absicht gewesen, sie hinterher ableugnen zu können, und zu diesem Zwecke habe es damals den schriftlichen Beweis unterlassen. Durch diese Auslassung allein würde die Anwendung des neuen Gesetzes zu einer factischen (aber nicht rechtlichen) Rückwirkung. Dieser Einwand aber kann nicht erhoben werden, weil er den eigenen dolus excipiren würde, und selbst abgesehen hiervon, wegen des Eingeständnisses der Handlung, auf dem er beruht und beruhen muß, um factisch erhoben werden zu können, durch dieses Eingeständniß allein den Rechtsstreit zu Ende bringt.[1]

Durch die vorstehende Discussion muß sich nun bereits ergeben haben, welcher wahre und von den Tadlern desselben stets verkannte Gedanke dem §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht zu Grunde liegt, welcher verfügt, daß frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den ältern Gesetzen ungültig sein würden, gültig sein sollen, insofern nur die nach den neuern Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten dabei angetroffen werden. Zuvörderst wirft man diesem Paragraphen vor, daß er in Widerspruch stehen solle[2] mit den §§. 43, 44 des Tit. 4, Thl. I des Allg. Landrechts, welche verfügen:

„Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form von Anfang an nichtig war, kann in der Folge niemals gültig werden."

„Wird die Handlung in der gesetzmäßigen Form wiederholt, so gilt sie nur von dem Zeitpunkte dieser Wiederholung."

Andere haben diesen angeblichen Widerspruch in sehr unbefriedigender Weise versöhnen wollen.[3] Es ist zum Verwundern, daß man nicht gesehen hat, wie gar kein Widerspruch vorliegt und gar keine Versöhnung

---

[1] Die im Vorstehenden entwickelte Theorie ist anerkannt in zwei hannoverischen Verordnungen vom 14. April 1815 für das Fürstenthum Hildesheim, §. 137, und vom 13. Sept. 1815 für die Kreise Meppen und Emsbüren (s. Hagemann, Sammlung der hannoverischen Landesverordnungen, Jahrgang 1815, S. 187 und 703). Die angezogenen Paragraphen dieser transitorischen Gesetze lauten: „Die Beschaffenheit der Urkunden und die davon abhängende Beweiskraft derselben werden nach den Gesetzen bestimmt, während deren Gültigkeit der Beweis geführt werden soll. Es sollen jedoch die vor Wiedereinführung der gemeinen Rechte errichteten Urkunden diejenige Beweiskraft behalten, welche sie nach den zur Zeit ihrer Errichtung gültig gewesenen Gesetzen gehabt haben, wenngleich sie nach den zur Zeit der Beweisführung gültigen Gesetzen eine geringere oder gar keine Beweiskraft haben würden."

[2] Siehe Bornemann, a. a. O., S. 17.

[3] Vgl. Koch, Lehrbuch, I, 131. Temme, Handbuch des preußischen Rechts, S. 19.

erforderlich ist. Im §. 17 der Einleitung hat nämlich der Gesetzgeber nur den Fall vor Augen, daß eine Aenderung in der Gesetzgebung eintritt, also eine Rechtsänderung. In den angeblich widersprechenden Paragraphen dagegen denkt der Gesetzgeber nur daran, daß nicht eine Aenderung im Recht, sondern in der factischen Handlung eintritt, wie z. B. durch Ratihabition. Dies müßte von selbst evident sein, ist übrigens auch dadurch völlig erwiesen, daß der §. 17 in der Einleitung steht, welche „von den Gesetzen" handelt, jene §§. 43 und 44 aber in dem Titel 3, welcher „von den Handlungen" handelt.[1] Da beides an und für sich ganz verschiedene Arten von Veränderung sind[2], so ist hier auch von keinem Widerspruch zu sprechen.

Es kann sich also nunmehr nur noch darum handeln, ob der §. 17 der Einleitung in sich selber theoretisch falsch sei. — Man hat bemerkt, daß diese Gesetzesstelle[3] „auf Förmlichkeiten bezogen werden könne, welche entweder zur Beglaubigung dienen, wie die notarielle oder gerichtliche Form im allgemeinen, oder welche positiv vorgeschrieben werden, um auf richterlichen Schutz Anspruch machen zu können, wie die Schrift, oder im französischen Rechte die Vollziehung der Ehe durch den Civilact".

Das Verkennen liegt eben darin, daß man diese beiden Kategorien, aus welchen Förmlichkeiten vom Gesetz gefordert werden[4], gleichstellt und gleichmäßig behandeln will, während in ihnen gerade der constitutive Unterschied ruht.

Wird die Förmlichkeit gefordert, „um auf richterlichen Schutz Anspruch machen zu können", wird also bei ihrem Mangel der Handlung, selbst im Falle des Eingeständnisses derselben durch den Handelnden, der Rechtszwang versagt, so ist es eine solche, die das Gesetz als Requisit für das Dasein eines civilen Willens überhaupt hingestellt hat, und bei deren Mangel sich daher nur der naturale Wille ohne Unterwerfung unter zwangsweise Aufrechterhaltung verpflichtet hat, sodaß also nur eine, sei es in gewissen Fällen wirksame obligatio naturalis, sei es

---

[1] Auch ist durch den oben citirten §. 44 des Tit. 3, Thl. I, welcher ausdrücklich den Fall der Ratihabition ins Auge faßt, der nachgewiesene Gedanke unzweifelhaft belegt.

[2] Siehe hierüber unten §. 10.

[3] Siehe Bornemann, a. a. O., S. 17; Koch, Lehrbuch, I, 131, und Temme, Handb. d. preuß. Rechts, S. 19.

[4] Wir sprechen nicht von zwei Arten der Förmlichkeiten; denn dieselbe Förmlichkeit, z. B. die Schrift oder die notarielle Form, kann vom Gesetz bald als bloße Beglaubigung (Beweis), bald als Bedingung des richterlichen Schutzes der Handlung selbst, d. h. als Bedingung des Daseins eines civilen Willens überhaupt, gefordert werden. Aus welchem dieser beiden Gründe das Gesetz sie fordert, darauf kommt es an!

eine überhaupt rechtlich wirkungslose moralische Verbindlichkeit entstanden ist.

Wird die Förmlichkeit dagegen nur zur *Beglaubigung* der Handlung, also qua Beweismittel derselben gefordert, genießt also die Handlung, wenn sie zwar ohne jene Förmlichkeit vollbracht, aber gerichtlich *eingestanden* ist, den Zwangsschutz, so ist hierdurch bewiesen, daß nach der gesetzlichen Anschauung zur Zeit der Handlung von Anfang an ein civiler und sich in zwingender Weise verpflichtender Wille beim Handelnden vorhanden war, sodaß bei einer Aufrechthaltung von einer Denaturirung desselben keine Rede ist. Indem jetzt die Förmlichkeit blos die Bedeutung hat, den *Beweis* einer geschehenen Handlung zu erbringen, und einerseits niemand ein erworbenes Recht auf den Nichtbeweis seiner Handlung, andererseits der Gegner ein *peremtorisches und erworbenes* Recht hat, daß alles, was aus neuen Gesetzen folgt, auch für *ihn da sei* (s. §. 12), insofern es nicht erworbene Rechte alterirt, so tritt die Zulässigkeit des neuen Beweismittels jetzt unbedingt ein.

Das durchgreifende und untrügliche Kennzeichen aber, ob eine Förmlichkeit vom Gesetz blos qua Beweismittel oder qua Requisit des civilen Willens selbst gefordert wird, liegt eben darin, ob die mangelnde Förmlichkeit durch Eingeständniß der Handlung oder eventuelle Eidesdelation ersetzt werden kann, oder selbst in diesem Falle der Handlung der Rechtsschutz versagt bleibt.

Der §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht verwirklicht somit einen durchaus richtigen theoretischen Gedanken, *insoweit* er die aus Mangel an *Beglaubigungs*förmlichkeiten ungültige Handlung gültig sein läßt, wenn sie nur den zur Zeit des Streits vom Gesetz geforderten Förmlichkeiten entspricht. Und nur seine höchst ungenaue Terminologie ist zu tadeln, nach welcher auch solche Ungültigkeiten mit eingeschlossen zu sein scheinen können, welche das Dasein eines civilen Willens selbst ausschließen. Daß aber wirklich etwas von dem dargelegten Unterschied dem Allg. Landrecht vorgeschwebt hat, ergibt sich gerade aus der Vergleichung mit dem früher bezogenen §. 43, Tit. 3, Thl. I, wo bestimmt wird, daß diejenige Handlung in der Folge niemals gültig werden kann, welche „wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form von Anfang an *nichtig* war". Denn unter *Nichtigkeit* einer Handlung wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form wird man immer nur die Nichterfüllung solcher Formen verstehen können, welche vom Gesetz als Bedingung des Daseins eines civilen wirksamen Willens hingestellt worden sind.[1]

[1] Siehe die weitere Fortsetzung der obigen Untersuchung im §. 11.

Jetzt erst, nachdem gezeigt worden ist, wie auch die scheinbaren Begebenheiten, auf welche neue Gesetze nicht rückwirken dürfen, die durch das Familienrecht vermittelten Rechtsthatsachen, besonders die Erbschaften, und ebenso auch dolus, Zwang, Irrthum, negotiorum gestio, Usucapion, Klagverjährung, nicht *qua* Begebenheiten, sondern nur um dessentwillen, weil sie individuelle Willensactionen darstellen, erworbene Rechte bilden und die Anwendung späterer Gesetze ausschließen müssen, — jetzt erst kann davon die Rede sein, den von uns im §. 1 entwickelten Begriff der individuellen Willensfreiheit als des alleinigen und wahrhaften Trägers des Nichtrückwirkungsgedankens nachgewiesen und durchgeführt zu haben. Noch im §. 1 mußte es dem Leser scheinen, als sei das dort Entwickelte wenn auch richtig, doch schlechthin unzureichend, weil es in einem unlösbaren Widerspruch stehe mit der ebenso sehr durch alle Gesetzgebungen wie durch alles juristische Rechtsgefühl anerkannte Thatsache, daß auch auf viele bloße Begebenheiten und aus ihnen dem Individuum erwachsenden Rechte, wie Erbschaft u. s. w., Rückwirkung nicht stattfinden dürfe. Erst nach dieser Auflösung dieser scheinbaren Begebenheiten in ihre innere Natur war es möglich, jenen Begriff als das waltende Gesetz der Sache zu erkennen und zur Durchführung zu bringen. Nichts mußte daher bisjetzt diese Erkenntniß so sehr hindern als die mangelnde Auflösung jener Begebenheiten. Es zeigt sich dies beispielsweise recht deutlich an dem §. 14 der Einleitung zum Allg. Landrecht, welcher ausdrücklich verordnet:

> „Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden."

Praktisch ist dies insoweit ganz richtig, als es gewisse Begebenheiten gibt, welche nicht unter die Einwirkung neuer Gesetze gestellt werden dürfen, was eben den täuschenden Schein erzeugte, als seien alle Begebenheiten dieser Einwirkung entzogen.[1] Theoretisch ist es sogar in

[1] Auch hält daher das Allg. Landrecht selbst durchaus nicht daran fest, daß alle Begebenheiten der Einwirkung neuer Gesetze entzogen sein sollen. So ist der Anfang einer laufenden Verjährung bereits eine Begebenheit; zur individuellen Handlung eines Verzichts (s. §. 2 E.) wird sie aber erst mit dem Ablauf der Frist. Nun soll aber nach dem Allg. Landrecht, wenn die Verjährung nur zu laufen angefangen hat, d. h. wenn erst die bloße Begebenheit eingetreten ist, das neue Gesetz zur Anwendung kommen, auch z. B. in Bezug auf die Frage, ob Verjährung dieses Anspruchs, obgleich sie bereits begonnen, überhaupt zulässig sei (vgl. Public.-Patent vom 5. Febr. 1794, §. 17). — Ebenso stellt es auch eine Begebenheit dar, wenn bei einer Handlung eine Form versäumt worden ist, und dennoch soll nach §. 17 des Allg. Landrechts das neue, diese Form

Bezug auf jene, von denen dies wirklich gelten muß, ganz falsch. Denn es gilt auch von ihnen nur, weil diese Begebenheiten eben ihrer innersten rechtlichen Natur nach nicht Begebenheiten, sondern eigene Willensactionen darstellen. Dieses theoretische Selbstmissverständniß mußte aber wiederum auch praktisch zu ganz falschen Folgen führen, indem nun alle Begebenheiten, und auch bei den Handlungen nicht blos das, was der eigenen Willensaction, sondern auch das, was lediglich den Handlungen Dritter entflossen und somit für das Individuum wirklich eine bloße Begebenheit war, im Widerspruch mit dem eigenen Gedanken unter demselben Gesetze der Nichtrückwirkung zu stehen schien.

Dies ist jedoch nicht etwa infolge jenes Paragraphen des Allg. Landrechts unter diesem Gesetzbuch mehr als anderwärts der Fall, findet vielmehr in ganz demselben Maße bei den römischen und französischen Juristen statt, in deren Gesetzbüchern nicht, wie im §. 14 des Allg. Landrechts, noch außer den Handlungen die Begebenheiten als der Einwirkung neuer Gesetze entzogen aufgeführt waren. Der Grund hiervon ist der sehr natürliche, daß der §. 14 hierin nicht eine neue Lehre schuf, sondern nur der allgemein juristischen, unter römischen wie französischen Rechtslehrern bis zum heutigen Tage ganz ebenso gäng und geben Auffassung, die besonders durch die scheinbar reine Begebenheiten darstellenden Institute der Erbschaft, der Quasicontracte und der Verjährung entstanden ist, Ausdruck gegeben hat.

Wir sagten soeben, daß auch die falschen praktischen Folgen den Gesetzgebungen und Juristen nur im Widerspruch mit dem eigenen Gedanken zugestoßen seien. — In der That, der Begriff, den wir als den alleinigen Träger des Rückwirkungsverbots nachgewiesen haben und weiter nachweisen werden, ist nicht in dem Sinne neu, daß hier zum ersten mal nach demselben verfahren würde. Wäre er in diesem Sinne neu, so wäre er ebendeshalb auch ganz unbedingt falsch! Wir behaupten vielmehr, und müssen dies behaupten, wenn wir eine wahre Theorie aufstellen wollen, daß von Theodosius bis auf Savigny kein Gesetzgeber und kein Jurist über dieses Thema gedacht, verordnet und geschrieben hat, ohne daß der hier entwickelte Begriff das in ihm operirende und thätige Moment gewesen wäre. Wir glauben dies schon bis hierher durch die Betrachtung der bisherigen Masse von empirischem Gesetzesstoff und juristischen Entscheidungen zu klarem Nachweis gebracht zu haben, und werden im Verlauf diesen Nachweis immer mehr erweitern und schärfen. Neu ist der hier entwickelte Begriff nur in dem Sinne, daß er hier zum ersten mal zum Erkennen seiner selbst gelangt ist und somit

---

nicht mehr erfordernde Gesetz dann zur Anwendung kommen und das Schädliche dieser Begebenheit beseitigen u. s. w.

erst aus dieser seiner für sich selbst erlangten Durchsichtigkeit die sich durch den gesammten Rechtsorganismus hindurchführende adäquate Ausführung seiner selbst, die systematische Theorie oder Lehre, erzeugen kann. — Alle Formeln, welche früher von Autoren über diesen Gegenstand aufgestellt worden, sind diesem Begriff entflossen und haben hierin den Grund ihrer relativen Richtigkeit, sowie sie zugleich in ihrem Nichterschöpfen des Begriffs, aus dessen Wirksamkeit sie hervorgingen, auch wieder den Grund ihrer großen praktischen Unrichtigkeit haben. Auch trat hierbei wieder jenes allgemeine begriffliche Gesetz ein, daß je mehr die Verstandesvorstellung in ihrem ahnenden Verhältniß sich dem speculativen Begriff nähert, sie ihn um desto mehr wieder von der andern Seite verfehlt und somit um so größere Unrichtigkeiten hervorbringt. So berichtet Bergmann (a. a. O., S. 57): „Einige sagen in Beziehung auf die allgemeine Idee von dem Schutz erworbener Rechte: es sei nur bei Verträgen und Erbschaften von erworbenen Rechten die Rede, ohne dafür besondere Gründe zu nennen", und er bezieht sich dafür auf Blanchard zu Maleville, zu Art. 384 des Code Nap. Hier war also ein Unterschied zwischen conventionellen und legalen Rechten angenommen worden und nur bei erstern die Rückwirkung ausgeschlossen. Allein erstens hieß das überhaupt nichts, ohne, wie Bergmann mit Recht tadelnd hervorhebt, besondere Gründe dafür zu nennen, und diese wären wieder nur durch die im §. 1 gegebene, diese Behauptung selbst ganz aufhebende und umwandelnde Begriffsentwickelung zu erbringen gewesen. Zweitens mußte die Gleichsetzung der Erbschaften mit den conventionellen Rechten, statt mit den legalen, unbegreiflich erscheinen; eine Gleichsetzung, die zu ihrer Begreiflichkeit und ihrer Durchführung nichts Geringeres bedarf als jene Ausführungen, welche den Inhalt unsers zweiten Bandes bilden werden. Drittens mußten dann die durch das Familienrecht vermittelten Rechte, z. B. das Reichsbürgerrecht (s. oben S. 74), die Repräsentation und ebenso die condictio indebiti, die negotiorum gestio, die Verjährung u. s. w., als nicht auf einen Vertrag sich stützend, für nur legale Rechte und dem Einwirken neuer Gesetze unterworfen gelten, und es hätten sich also hieraus die praktisch verderblichsten Irrthümer entwickeln müssen. Viertens ist überhaupt der Begriff conventioneller Rechte ein schiefer. Denn da hiermit nur solche, die durch Verabredung entstanden, bezeichnet sind, so würden nicht einmal die durch bereits angestellte Klage (s. §. 3) ergriffenen, ursprünglich legalen Rechte u. s. f. vor der Rückwirkung geschützt sein.

Bergmann referirt daher weiter: „Andere sprechen nur von Verträgen und stützen die Behauptung, daß wegen einer in der Vorzeit liegenden Contrahirung der ganze Fortgang der daraus hervorgehenden Obligationen aus den alten Rechtsnormen beurtheilt werden müsse,

darauf, daß die Privatwillkür im voraus sich dem neuen Gesetze entzogen habe", und nennt hierfür Pfeiffer, S. 425.[1] Es ist wieder in diesen Worten das Hervorschimmern des Begriffs unverkennbar. Aber erstens wirft, da hier sogar auch noch die Erbschaften weggelassen sind, Weber (a. a. O., S. 41) mit Recht ein, daß hiernach auch das gesetzliche Erbrecht, das jemand als suus heres schon ipso jure erworben, nicht fortdauern dürfte, wenn ein neues Gesetz die Erbfolge anders bestimmte. Zweitens gelten hier wieder alle gegen Blanchard gemachten Einwürfe. Drittens gilt endlich noch gegen Pfeiffer wie Blanchard gemeinschaftlich, daß einerseits die Privatwillkür sich durchaus nicht unbegrenzt im voraus spätern Gesetzen entziehen kann, wie wir dies in §. 7 bei den prohibitiven Gesetzen sehen werden, und daß andererseits, wie sich gleichfalls zeigen wird, auch abgesehen von Prohibitivgesetzen und trotz aller über das ausschließliche Maßgeben der Gesetze zur Zeit der Contractschließung circulirenden Formeln auch die Wirkung der Verträge durch spätere Gesetze berührt werden kann, wenn die individuelle Willensfreiheit dadurch nicht verletzt erscheint.

Es ist daher nur ganz begreiflich, wenn jene Unterscheidung von conventionellen und legalen Rechten, trotzdem sie sich in intuitiver Weise dem Begriffe sehr zu nähern scheint, dennoch, da sie denselben andererseits wieder ganz verfehlt und in vollständige Divergenz mit ihm geräth, von keiner Einwirkung auf die spätern Rechtslehrer sein konnte, diese vielmehr, wie z. B. Savigny, Bornemann u. s. w., jene Unterscheidung nicht einmal erwähnen, sich dagegen in anderer Weise der Natur der Sache zu bemächtigen suchen und sie in Formeln bringen, die einerseits ebenso sehr wie jene von dem wahrhaften Begriff hervorgetrieben sind, als sie ihn andererseits, weil er noch nicht zur speculativen Selbstdurchsichtigkeit gelangt ist, ebenso sehr wieder verfehlen.

Aber diese Ahnung und innere Thätigkeit des hier entwickelten Begriffs, welche durch die Lehre aller Autoren, wie durch die praktischen Aussprüche aller Gesetzgeber hindurchgeht, ist selbst der beste Beweis für seine Objectivität und Unwillkür, sowie für die Richtigkeit auch jener nothwendigen Folgerungen desselben, welche mit den bisherigen Annahmen wegen der Verkümmerung und festen Verfilzung, die jeder aus dem Begriff blos hervorgetriebenen und ihn nicht in seiner ganzen Reinheit enthaltenden Formel eigen ist, in entschiedenem Widerspruche stehen müssen.

[1] In der Zeitschrift „Germanien", von Crome und Jaup, 1810, Bd. 3, Hft. 3, S. 411 fg., ein Aufsatz, dessen wir trotz unserer Bemühung nicht haben habhaft werden können.

III. Der Begriff und seine Consequenzen.

§. 3. Die nachträgliche Ergreifung. Rechtshängigkeit. Novation. Urtheil und Vergleich.

Wir haben in §. 2 nur den versteckten Umfang des Begriffs dargelegt. Jetzt erst gehen wir dazu über, die weitern Folgen des Begriffs zu entwickeln.

Wenn Rückwirkung nur darin besteht und nur deshalb ausgeschlossen ist, weil die individuelle Willensaction des Einzelnen nicht nachträglich alterirt werden darf, so ist es nothwendig ganz gleichgültig, ob ein Recht ursprünglich dem individuellen Willen entflossen, oder ob es zwar ursprünglich ein lediglich durch das Gesetz gegebenes war, dann aber von dem Individuum ergriffen und verseinigt worden ist. Mit andern Worten: auf bereits rechtshängige Sachen können neue, das frühere Recht aufhebende oder modificirende Gesetze nicht einwirken.

Dieser Grundsatz unterliegt wieder gewissen, durch die Natur des Begriffs selbst gesetzten Beschränkungen, die erst in den §§. 7 fg. entwickelt werden können. Hier interessirt zuvörderst nur der allgemeine Grundsatz selbst.

Die Richtigkeit desselben ist seit je herausgefühlt worden, aber seine wahre Begründung, die erst in diesem Zusammenhang hervortritt und hervortreten kann, war bisher unmöglich. So ist es nur eine ganz äußerliche und haltlose Argumentation, wenn z. B. Bornemann (a. a. O., S. 6) denselben also begründet: „In Ermangelung einer solchen (ausdrücklich-gesetzgeberischen) Bestimmung muß die Rückwirkung als Ausnahme von der Regel an und für sich auf die engsten Grenzen, mithin auf noch nicht rechtshängig gewordene Sachen beschränkt werden."

Der wahre Grund ist vielmehr der angegebene. Durch die Ein-

klagung bemächtigt sich das Individuum seiner blos legalen Rechte und setzt sie als die *seinigen*. Die Klageanstellung macht deshalb das blos aus den Gesetzen fließende Recht zu einem dem Individuum durch seinen *eigenen Willen* vermittelten, oder zu einem *erworbenen*. Die Zinsen werden zugebilligt vom Tag der Klage. Die Einklagung stellt also eine individuelle, Rechte erwerbende Willenshandlung dar, auf welche nicht mehr und nicht weniger durch spätere Gesetze eingewirkt werden kann als auf einen andern freiwilligen Act, z. B. einen *Vertrag*, durch welchen ein Individuum sich Rechte erzeugt.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß es — mit Ausnahme eines erst in §. 8 zur Sprache kommenden begrifflichen Unterschiedes — für die Ausschließung der neuen Gesetze gleich sein muß, ob schon ein *Urtheil* in der Klage eingetreten ist oder nicht, daß also nicht in der res judicata, sondern schon in der Klageanstellung selbst das durchschlagende Moment liegt und der Schutz der res judicata gegen spätere Gesetze nur auf demselben Grundgedanken beruht.

Savigny vermag bei seiner Theorie ebenso wenig wie Bornemann den wahren Grund von beidem zu entdecken. Savigny sagt darüber (VIII, 510): „*Merkwürdigerweise* fügt das Römische Recht für den Fall der (die Rückwirkung) erweiternden Ausnahmegesetze eine Einschränkung hinzu, die also als die Ausnahme einer Ausnahme zu betrachten ist. Die ausnahmsweise vorgeschriebene Rückwirkung soll nämlich nicht eintreten, wenn das Rechtsverhältniß, worauf sie bezogen werden könnte, bereits durch Urtheil oder Vergleich entschieden worden ist (judicatum vel transactum). Diese Einschränkung ist zwar nirgends als bleibender allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, sie wird aber in so vielen einzelnen Stellen des Römischen Rechts übereinstimmend wiederholt, daß sie unzweifelhaft als eine von den Römern allgemein anerkannte Regel betrachtet werden muß. Sie hat auch einen innern Grund darin, daß *sowol das Urtheil als der Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältniß umbildet*, sodaß nun an die Stelle des Rechtsverhältnisses, worauf sich das neue Gesetz bezog, eigentlich ein anderes getreten ist. — Unter dem Urtheil aber ist hier nicht blos ein rechtskräftiges zu verstehen, sondern bei noch schwebendem Rechtsstreit auch schon ein Urtheil erster Instanz, wenn etwa während der Appellationsinstanz das neue Gesetz erscheint."

Hierbei ist zweierlei hervorzuheben. Erstens, daß Savigny hier der *bloßen* Rechtshängigkeit, wenn noch gar kein Urtheil erfolgt ist, schlechthin *keinen* Schutz gegen die Anwendung neuer materieller Gesetze einräumen zu wollen scheinen könnte, was in sich falsch wäre und auch mit der übereinstimmenden juristischen Lehre und Praxis in völligem Widerspruch stehen würde. Zweitens: wenn Savigny als den innern Grund

der Sache zugibt, daß sowol Urtheil als Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältniß umbilden, so ist zu fragen: worin denn aber diese Umbildung bestehe? Und hierauf läßt sich eben nur die im allgemeinen für Urtheil, Vergleich und Klageanstellung gleichmäßig gültige Antwort geben: sie bestehe in der Umwandelung von an sich vorhandenen Rechtsverhältnissen, die auch blos dem Gesetz entflossen sein können, in solche, die durch individuelle Willensaction und Handlung erworben und bestimmt sind, sodaß es hiernach auf ihre ursprüngliche Beschaffenheit gar nicht mehr ankommt.

Hieraus ergibt sich auch beiläufig, inwiefern man in der Litiscontestation und wieder im Urtheil wirklich eine Novation zu behaupten vermag und inwieweit Justinian mit Recht sagt: „Si enim *novatur* judicati actione prior contractus" etc.[1]

Es ergibt sich ferner hieraus die begriffliche Ursache, weshalb auch auf Vergleiche nicht durch spätere Gesetze eingewirkt werden darf und weshalb Justinian mit Recht Vergleich und Urtheil immer zusammen erwähnt und, sie wie Dinge identischer Natur behandelnd, mit denselben stereotypen Formeln der von ihm verordneten sofortigen Anwendung neuer Gesetze zu entziehen pflegt, z. B. L. 17 C. de fide instrum. (4, 21): „nisi jam super his *transactum* sit vel *judicatum*, quae *retractari non possunt*", oder L. ult., C. de legit. her. (6, 58): „Si qui autem casus jam evenerunt et per *judicialem sententiam vel ami-*

---

[1] L. 3 C. de usur. rei jud. (7, 54). Bekanntlich hat sich Savigny (System, VI, 24 fg., 307 fg.) mit großer Bestimmtheit gegen die Annahme einer Novation durch Litiscontestation oder Urtheil erklärt, nachdem er früher (V, 325) selbst eine solche darin erblickt hatte, und in der oben angeführten Stelle des achten Bandes doch wieder eine Umbildung darin erblickt, die ihrem Gedanken nach auf eine Novation im obigen Sinne hinausläuft.

Die Savigny'sche Annahme, daß die Kraft der res judicata auf der Fiction der absoluten Wahrheit beruhe, reicht nur für Strafurtheile hin und ist nur für diese richtig. Sollte sie auch für die Civilurtheile gelten, so müßte dann auch bei diesen, wie dies von den Strafurtheilen später nachgewiesen werden wird, bei einer Abschaffung der Gesetze, auf deren Grundlage doch diese Fiction beruht, entweder von selbst die Folge eintreten, oder doch dem Gesetzgeber mindestens die Befugniß zustehen, die Hinfälligkeit der auf den abgeschafften Gesetzen beruhenden rechtskräftigen Urtheile zu verfügen (vgl. §. 12). Ganz auf der Hand liegend wäre dies jedenfalls bei interpretirenden Gesetzen, die ja rückbezogen werden sollen, und durch die also entgegenstehende rechtskräftige Urtheile, die jetzt ja zur erwiesenen Unwahrheit geworden sind, außer Kraft gesetzt werden müßten, wenn sie auf der Fiction der absoluten Wahrheit beruhten.

Bei dem Civilurtheil kann dies aber nicht eintreten, weil seine Kraft vielmehr auf der Fiction eines Vergleichs, auf der durch den individuellen Willen selbst gesetzten Schlichtung beruht.

calem transactionem sopiti sunt nullam sentiant ex hac lege retractationem etc.“

Es kann durch den Vergleich das Individuum eine Leistung oder Verpflichtung auf sich genommen haben, zu der es nach den neuen Gesetzen keineswegs verpflichtet war, und diese wären ihm zugute gekommen, wenn es gewartet hätte. Es hatte auch nicht die Absicht, die Gegenpartei durch die Einräumungen im Vergleich zu bereichern, sondern im Gegentheil die Rechte derselben auf das nach dem damaligen Gesetz möglichst geringe Maß herabzusetzen. Aber es ist von ihm selbst *gehandelt*, eine blos durch das Gesetz vorhandene und darum mit dem Gesetz vorübergehende Verpflichtung durch eigene Selbstbestimmung confirmirt und als das Recht des Andern gesetzt worden, und diese beiderseitigen *individuellen Handlungen* können nun durch kein späteres Gesetz zerstört werden.

Es ist ersichtlich, wie sich durch die Ausführungen dieses Paragraphen die Nichtalteration individueller Willensactionen als der einzige und wahrhafte Träger des Rückwirkungsgedankens von neuem bestätigt. Denn blos dieser und kein anderer Unterschied wird zwischen den blos gesetzlich einklagbaren und bereits eingeklagten Rechten zu entdecken sein und ihrem gleichwol so verschiedenen Verhältniß zu der Einwirkung neuer Gesetze.

§. 4. Das Optionsrecht.

Wenn es schlechthin gleichgültig bleiben muß, ob das Recht von vornherein durch die individuelle Willensaction constituirt ist, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze stammt und das Individuum es, nachträglich zu ihm herantretend, durch seine Ergreifung zu einem durch seine individuelle Willensaction gesetzten Recht und somit fest und erworben macht, so erhellt hiermit zugleich, daß diese Ergreifung durchaus nicht blos in dem im vorigen Paragraph betrachteten Fall der processualischen *Klageanstellung*, sondern daß sie eben in *jeder Handlung* vorliegt, durch welche das Individuum ein gesetzliches Recht als das seinige setzt. Jedes vom Gesetz übertragene blos *facultative*, jedes *Optionsrecht* wird also in strenger Consequenz des Entwickelten erst durch die wirklich eingetretene *Wahlhandlung* des Individuums zu einem erworbenen, und kann ihm bis zu der geschehenen Wahl durch Gesetzgebungswechsel ohne jede Rückwirkung entzogen werden.

Diese Folgerung des Begriffs ist besonders dem juristischen Gefühl der Franzosen zum deutlichen Bewußtsein gekommen, vgl. z. B. Merlin, Rép. de Jurispr., v° Effet retr., Sect. III, §. 1, V, 537: „Mais tel (d. h. ein droit acquis) n'est jamais un droit purement facul-

tatif à moins qu'il n'ait été *exercé* et que par *l'exercice* qui en a été fait, la chose qui en est l'objet, ne soit devenue notre propriété.

„En effet, il en est des *facultés* accordées par la loi, comme des *facultés* accordées par les individus. Tant que celles-ci ne prennent pas le caractère de droits, elles sont toujours et essentiellement révocables: Or, le législateur ne contracte jamais lorsqu'il accorde une faculté; il permet, mais il ne s'oblige pas; il conserve donc toujours le pouvoir de retirer sa permission; et ceux à qui il la retire avant qu'ils en aient fait usage, n'ont aucun prétexte pour s'en plaindre."

Aber indem dieſer im allgemeinen ganz richtige Gedanke ſich den Franzoſen ohne die theoretiſche Begründung, als deren Folgerung er ſich uns ergeben hat, aufdrängt, treibt er ſich ihnen einerſeits bis zur Einſeitigkeit und Unwahrheit (ſiehe z. B. oben S. 64), andererſeits bleibt er ihnen deshalb, ſtatt ſich zu dem die geſammte Materie beherrſchenden Begriff fortzuarbeiten, als eine bloße Formel neben andern Formeln ſtehen und führt ſich deshalb nicht einmal zu ſeinen nächſtliegenden Conſequenzen fort (ſiehe z. B. §. 5), und drittens wird er endlich deshalb auch ausdrücklich wieder von ihnen aufgehoben, wie z. B. derſelbe Merlin, a. a. O., S. 551 fg., ſagt, daß es auch ſolche Rechte (droits acquis) gebe, mit denen „la *loi elle-même* m'ait investi et me l'ait conféré purement et simplement et *sans y attacher* la condition que *je ne l'acquerrais que par l'exercice* que j'en ferais", ohne daß dies mit dem Vorigen irgendwie auszuſöhnen und in innere Uebereinſtimmung zu ſetzen verſucht wird.

§. 5. Das Einſpruchsrecht.

Es ergibt ſich daher nunmehr als eine nothwendige Folge des Begriffs, daß jedes Recht des Einſpruchs gegen eine Handlung oder einen Vertrag, welchen das Geſetz Dritten einräumt — natürlich falls dadurch nicht ohnehin ſelbſtändig erworbene Rechte dieſer Dritten, z. B. der Gläubiger, beeinträchtigt werden —, durch ein dieſes Einſpruchsrecht aufhebendes Geſetz auch in Bezug auf die ſchon früher geſchloſſenen Verträge beſeitigt iſt, ohne daß deshalb von Rückwirkung irgend die Rede ſein kann.

Die formelle Regel, daß Verträge in jeder Hinſicht nur nach dem Geſetz zur Zeit ihrer Schließung zu beurtheilen ſind, wird alſo hier irrig und muß es werden, weil ſie hier mit dem wahren begrifflichen Grundgedanken, dem ſie entfloſſen, in Widerſpruch tritt.

Der Grund iſt einfach. Die vertragſchließenden Individuen können

durch keine Fiction so angesehen werden, als wenn sie selbst hätten den Dritten stillschweigend das Recht stipuliren wollen, gegen ihre eigene Willenserklärung anzugehen. Ebenso wenig ist von den Dritten selbst gehandelt und durch Willensaction etwas erworben worden. Das Recht der Dritten auf Einspruch ist daher nicht wie die andern Wirkungen des Contracts durch die individuelle Willensfreiheit gesetzt, sondern stammt lediglich aus dem Gesetz als solchem und geht somit mit diesem vorüber.

Merlin hat also Unrecht und widerspricht den eigenen Consequenzen des von ihm, wie wir in §. 4 sahen, eingeräumten Grundsatzes, vertritt aber gleichwol nur die bei französischen wie deutschen Autoren ganz allgemein herrschende Theorie, wenn er z. B., die Ehe betrachtend, sagt: ein neues Gesetz könne nicht durch seine alleinige Kraft eine Ehe gültig machen, welche im Augenblick der Gesetzesverkündung nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Eingehung ungültig war[1], wobei er nämlich ausdrücklich voraussetzt, daß die Klage auf Nichtigkeit der Ehe nicht nur für die Ehegatten selbst, sondern auch für die Dritten, nach dem frühern Gesetz hierzu Berechtigten, ein erworbenes Recht bilde.[2]

Dies ist also in Bezug auf die Dritten[3] nicht der Fall, und so kann denn allerdings insofern ein Contract, welcher nach dem Gesetz zur Zeit der Schließung durch das Einspruchsrecht eines Dritten ungültig

---

[1] A. a. O., Sect. III, §. 2, Art. 5, V, 543: „Une loi nouvelle ne peut pas valider immédiatement, et par sa seule puissance, un mariage qui au moment de sa publication se trouve, d'après la loi sous laquelle il a été célébré, entaché de vices qui en emportent la nullité; et si elle le faisait, elle rétroagirait manifestement, elle ravirait un droit acquis; rien ne pourrait la justifier."

[2] Denn er fährt nach den angeführten Worten fort: „Mais elle peut sans rétroagir subordonner *la recevabilité de l'action* en nullité de mariage qui est *acquise*, soit aux deux époux, soit à l'un deux, *soit à des tiers*, avant sa publication, à des diligences dépendantes de leur volonté, et déclarer qu'à défaut de ces diligences, leur action ne sera plus recevable." Das Gesetz kann diesen Dritten das Einspruchsrecht vielmehr ohne weiteres nehmen, und nimmt es ihnen in der That dadurch allein, daß es ein solches Recht nicht mehr anerkennt, auch für die schon geschlossenen Ehen.

[3] Natürlich hat das Obige keine Anwendung z. B. auf den Fall des §. 936, Tit. 1, Thl. II des Allg. Landrechts, oder Art. 147 des Code Nap., wo jemand bei noch bestehender erster Ehe eine zweite schließt. Freilich ist der Gatte aus der ersten Ehe für diesen zweiten Ehecontract auch ein Dritter; aber sein Einspruchsrecht ist vermittelt durch seine eigene individuelle Handlung — seine eigene unter diesem Gesetz geschlossene Ehe —; es ist also nur die Folge seines ohnehin selbstständigen erworbenen Rechts, und es liegt somit einer jener Fälle vor, die wir bereits bei Eingang dieses Paragraphen von demselben ausgeschlossen haben.

und wirkungslos gewesen wäre, durch ein späteres Gesetz validirt werden. Betrachten wir den Fall der mangelnden väterlichen Einwilligung. Nach §§. 972, 973, Tit. 1, Thl. II des Allg. Landrechts können (vgl. §§. 994, 995 daf.) nur diejenigen, welche das Ehehinderniß zu rügen berechtigt sind, also z. B. der Vater die wegen Mangels seiner Einwilligung ungültige Ehe als nichtig aufheben lassen.

Hier hat also der Heirathende ebenso wenig wie der Vater ein erworbenes Recht auf die Aufhebung der Ehe. Dem Vater steht dies Recht nur aus dem Gesetze zu[1]; dem Heirathenden selbst steht dies Recht auf Nichtigkeit der Ehe gar nicht als Recht zu; er kann es nicht geltend machen. Nur als factische Folge kann diese Nichtigkeit für ihn eintreten und nicht eintreten, je nach dem von ihm unabhängigen Willen eines Dritten, des Vaters, der also für den Handelnden statt zu seiner eigenen Willensaction zu gehören, nur die Natur eines äußern Umstandes hat. Indem so der Handelnde sich selbst in die Lage gebracht hat, die Validirung oder Invalidirung seiner Ehe von einem seinem Willen fremden Umstand abhängen zu lassen, der nicht einmal die Natur einer Bedingung hat, da seine resolutorische Wirkung vom Handelnden selbst nicht geltend gemacht werden kann, ist hier von einem Erworbensein überhaupt nicht die Rede, und der Handelnde kann sich ebenso wenig über Denaturirung seiner Handlung, also über Rückwirkung beklagen, wenn das Gesetz, an Stelle des Vaters tretend, den Consens dadurch ertheilt, daß es die Nichtigkeitsklage dem Vater entzieht, als wenn der Vater von selbst die Ungültigkeit nicht gerügt hätte, oder etwa noch innerhalb der Frist gestorben und durch dieses Ereigniß die Ehe validirt worden wäre.

Etwas verschieden verhält es sich bei dem Art. 182 des Code Nap. insofern, als dieser bei dem Mangel der väterlichen Einwilligung nicht

---

[1] Denn hier kann natürlich die Fiction, daß um der im Familienrecht herrschenden Identität willen (§. 2 A.) das Einspruchsrecht der Aeltern als durch ihre eigene Willensaction erworben angesehen werden müsse, nicht zur Anwendung kommen. Diese allgemeine Fiction beruht ja gerade auf der gesetzlichen Unterstellung der Willensidentität dieser Personen. Dieselbe auf den Fall anwenden, wo der Sohn gegen den Willen des Vaters heirathet, und also sagen, daß der Sohn durch seinen Willen als einen mit dem des Vaters identischen letzterm das Recht auf Negation dieses seines Willens erwirbt, würde eine contradictio in adjecto bilden; denn es würde heißen in die logische Monstruosität verfallen, den Willen der beiden Personen zu gleicher Zeit als identisch und als sich entgegengesetzt zu behandeln, und jene Rechtsfiction somit zum absoluten sich selbst zerstörenden Widersinn treiben. Hier ist also einer jener Fälle, wo der römische Grundsatz zur Anwendung kommt: fictio cedit veritati, und jenes Einspruchsrecht des Vaters ist daher nur ein Ausfluß der ihm vom Gesetz verliehenen väterlichen Gewalt.

nur dem Vater, sondern auch demjenigen Gatten, der dieser Einwilligung benöthigt war, das Recht gibt, auf Nichtigkeit der Ehe zu klagen. Durch ein die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung aufhebendes Gesetz wird hier Folgendes eintreten müssen. Der Vater hat hier, wie gezeigt, durch das neue Gesetz das Recht verloren, gegen den Willen des Sohnes auf die Nichtigkeit seiner Ehe zu klagen, denn für ihn ist dies Recht niemals ein erworbenes gewesen. Der Sohn selbst aber könnte, da für ihn dies Recht als ein durch seine eigene Handlung stillschweigend gesetztes erscheint, auch nach wie vor dem neuen Gesetz, solange er nur in der Frist ist, auf Nichtigkeit klagen, insofern hier nicht andere Grundsätze in Betracht kämen, die erst im §. 10 begrifflich entwickelt werden können.

Ebenso ist nun klar, daß, wenn der Art. 184 des Code Nap. außer den Gatten selbst auch noch allen dabei interessirten Dritten und dem öffentlichen Ministerium das Recht gibt, wegen nicht hinreichenden Alters oder verbotener Verwandtschaftsgrade auf Nichtigkeit einer Ehe zu klagen, diesen Dritten und ebenso dem öffentlichen Ministerium durch gesetzliche Aufhebung dieser Ehehindernisse das Klagerecht entzogen wäre.

Es ist gleichfalls eine Folge und Bestätigung des in diesem Paragraphen entwickelten Princips, daß das statutarische Wiederkaufsrecht — der retrait lignager —, welches in dem alten französischen Gewohnheitsrecht, wie im Allg. Landrecht, Thl. II, Tit. 4, §. 227 fg., den Verwandten des Verkäufers eines Grundstücks zustand und sie berechtigte, sich dem Ankäufer subrogiren zu lassen, in den Fällen, wo es noch nicht durch Handlungen der Verwandten ausgeübt und hierdurch erworben worden war, durch den dies Recht nicht mehr anerkennenden Code Nap. als beseitigt gelten mußte, worüber bei den französischen Autoren kein Streit obwaltet (vgl. Meyer, Questions transit., S. 194 fg., Merlin, a. a. O., S. 566 fg.).

§. 6. Neue Willensäußerungen. Fristen. Umänderung von Pfandrechten; von Testamenten. Rückkauf. Emphyteuse. Rentencontract. Widerruf von Schenkungen. Unterschiede.

Wenn nun lediglich die Aufrechthaltung der individuellen Willensfreiheit den alleinigen Träger des Nichtrückwirkungsgedankens bildet, so ergibt sich hieraus eine Folgerung, welche, hart an die Aufhebung dieses Begriffs anstreifend, ihn dennoch gerade am klarsten als das wahrhafte Gesetz der Sache darlegt.

Es werden dann nämlich spätere Gesetze auch erworbene Rechte, auch geschlossene Verträge und ihre Wirkungen in bedingter Weise ändern und zerstören können, wenn sie nur die Aufrechthaltung dieser

Rechte von einer solchen Bedingung abhängig machen, deren Erfüllung lediglich in dem freien Willen des berechtigten Individuums gelegen ist.

Es ist nach dem entwickelten Begriff evident, daß sich das Individuum dann nicht über eine Denaturirung seiner Handlung, über eine Verletzung seiner Willensfreiheit beschweren kann, wenn die Aufrechterhaltung derselben doch wieder nur seinem alleinigen Willen anheimgegeben ist. Da die Bedingung, welche dem Individuum zur Aufrechterhaltung zugemuthet wird, nur darin besteht: seinen Willen zu setzen, resp. noch einmal zu setzen, so muß vielmehr die Zerstörung seines erworbenen Rechts, die das Gesetz aus der Nichterfüllung dieser Bedingung folgen läßt, als ein freiwilliges Aufgeben seines Rechts, nicht als eine gewaltsame Aenderung seines Willens, erscheinen.

Hieraus folgt also, daß ein neues Gesetz, ohne Rückwirkung zu begehen, vorschreiben kann, die Form von schon früher geschehenen und damals gültigen Handlungen, falls dies noch möglich ist und nur von dem Willen des berechtigten Individuums abhängt, zu ändern, um die Handlung als gültig zu erhalten; daß ein Gesetz Fristen zur Wahrnehmung von erworbenen Rechten einführen und resp. vorhandene abkürzen kann, bei deren Nichtwahrnehmung die erworbenen Rechte verfallen sein sollen; daß es den Fortbestand eines contractlichen Rechts von der Vollbringung formeller Handlungen, z. B. der Inscription, abhängig machen kann, die nur im Willen des Berechtigten liegen; daß es sogar in den unmittelbaren Inhalt eines Vertragsverhältnisses eingreifen kann, wenn nur immer dies beobachtet wird, daß die Abänderung oder Entziehung des Rechts durch den bloßen Willen des Berechtigten verhindert werden kann.

Ist dies richtig, so zeigt sich hier, daß auch die Formel, welche Viele über die Rückwirkung aufstellen, daß nämlich vollbrachte Thatsachen (faits accomplis) von neuen Gesetzen nicht berührt werden dürfen, abgesehen davon, daß sie ganz unzureichend, auch nicht richtig ist. Denn vollbrachte und bisher für sich allein vollkommen gültige und wirksame Thatsachen werden hier ohne Rückwirkung zerstört und geändert, wenn die Bedingung der neuen Willensaction nicht erfüllt wird.

Es zeigt sich ebenso, daß auch der Contract als solcher durchaus nicht blos durch das Gesetz zur Zeit seiner Schließung regiert wird, wie die gewöhnlichen Formeln besagen, sondern daß auch in ihm, wie in der ganzen Sphäre des Rechts, nichts anderes der verändernden Einwirkung späterer Gesetze entzogen wird und zu entziehen ist, als der Begriff der individuellen Willensfreiheit.

Daß vom Gesetz zur Aufrechthaltung des früher schon in genügender Form gesetzten Willens eine neue Willensaction gefordert wird — dies

wird niemand für Rückwirkung ausgeben können. Denn dies würde heißen das positive Recht des Staats bestreiten wollen, Leistungen des Individuums als Bedingung des Civilschutzes und seiner Fort-erhaltung zu fordern, ein Recht, welches ihm also ebensowol die Befugniß gibt, im Interesse z. B. der Unzweifelhaftigkeit des letzten Willens oder der Conformität der Pfandrechte, oder der größern Sicherheit und schnellern Klarlegung der Rechtsverhältnisse eine nochmalige Erklärung des letzten Willens in geänderter Form, oder eine neue hypothekarische Inscription in bestimmter Weise, oder eine schnellere Darlegung des Willens, seine Rechte zu wahren, d. h. eine Klageanstellung in kürzern Fristen, zu begehren. Und indem sich alle diese Forderungen in bloße Willensäußerungen auflösen, das Individuum also in Bezug auf Erhaltung und Verlust seiner Rechte nur von seinem eigenen Willen abhängig gemacht wird, kann, wenn ohne hinreichenden Grund das Gesetz ihm die Last auferlegt, zur Erhaltung seines Rechts seinen Willen nochmals an den Tag zu legen, dies unter Umständen ein lästiges und schlechtes Gesetz sein, aber von einem rückwirkenden, den individuellen Willen brechenden Charakter desselben kann keine Rede sein.

Wenn jetzt der theoretische Beweis für die entwickelte Folgerung erbracht ist, so würde nun die Frage entstehen, ob dieselbe nicht auch schon bisher in dem empirisch-juristischen Stoff irgendwo anerkannt worden ist.

Merkwürdigerweise ist es nun gerade diese vom Begriff hervorgetriebene Folgerung, welche seit jeher auf das vielfachste und unzweideutigste anerkannt worden ist, ohne daß sie doch vermocht hätte, den Begriff der individuellen Willensfreiheit, dem sie entsprungen und den sie als den alleinigen Kern der Rückwirkungsfrage so scharf nachweist, zum Bewußtsein zu bringen. Davon war dann wieder die Folge, daß sie nicht zu den Consequenzen fortgeführt wurde, die sie in sich trägt.

Ausdrücklich anerkannt wurde sie im §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht:

> „Soll nur die äußere Form einer Handlung geändert und diese Vorschrift bei allen noch abzuändern möglichen Handlungen beobachtet werden, so muß das Gesetz hierzu eine hinlängliche Frist bestimmt haben.“ [1]

Unter dieser Bedingung also, daß die Abänderung dem Individuum noch

[1] Mit Unrecht führt also Bornemann (a. a. O., S. 16) diese Vorschrift unter folgender Vorausschickung an: „Der Gesetzgeber kann zwar auch die rückwirkende Kraft eines solchen (nämlich die Form von Rechtsgeschäften betreffenden) Gesetzes anordnen.“ Es ist vielmehr, wie gezeigt, auch nicht eine Spur von Rückwirkung darin!

factisch möglich ist und daß dazu eine hinlängliche Frist gegeben wird, erblickt der preußische Gesetzgeber keine Rückwirkung darin, wenn selbst die äußere Form der Handlung, die doch sonst lediglich und allein unter dem Gesetze ihrer Zeit steht, zu ändern vom Gesetz verlangt wird.

So wurden in den mehrfachen Fällen, in welchen die preußische Hypothekenordnung an Stelle des bis dahin geltenden gemeinrechtlichen Pfandrechts gesetzt wurde, die Pfandgläubiger aufgefordert, binnen einer bestimmten Frist die Eintragung ihrer Forderungen in die neuen Hypothekenbücher vornehmen zu lassen. Niemand hat in dem Verlangen dieser neuen Inscription zur Erhaltung eines bis dahin schon erworbenen und wirksamen Rechts eine Rückwirkung gesehen. Wohl aber wäre eine solche in vollem Maße vorhanden gewesen, wenn den Pfandgläubigern nicht diese Eintragung innerhalb einer bestimmten Frist gestattet, oder wenn ihnen, insoweit ihnen für die Conformirung ihrer Ansprüche keine Frist gestellt wurde oder diese Beibringung der neuen Form nicht mehr möglich war, ihre bisherigen Rechte nicht erhalten geblieben wären.[1]

---

[1] Hieraus ergibt sich der große Irrthum, den Bornemann, S. 22 fg., begeht, wo er in eine wahrhafte Rückwirkung verfällt. In Uebereinstimmung mit zwei Ministerialrescripten vom 13. Febr. 1792 und 30. Mai 1801 (mit denen wieder das Rescript vom 16. März 1787 als das richtige in Widerspruch steht) hatte das Kammergericht in einem spätern Falle die Umschreibung eines im Jahre 1744 eingetragenen und an den letzten Inhaber zurückgezahlten Kapitals auf den Namen des Gutsbesitzers, der die Zahlung geleistet hatte, verweigert, weil der letzte Inhaber sich nur durch eine außergerichtliche Privatcession vom 7. Dec. 1748 legitimiren und auch den Uebergang der Forderung an seine Vordermänner nur durch solche Privatcessionen nachweisen konnte. Der Gutsbesitzer klagte nun gegen den letzten Inhaber und dieser wurde in der That rechtskräftig verurtheilt, sich in einer bestimmten Frist als Eigenthümer des Kapitals in hypothekarischer Form zu legitimiren! Gedrängt durch Execution und bei der Unmöglichkeit, die verlangte Legitimation nach Verlauf von mehr als 60 Jahren zu beschaffen, wandte sich der letzte Inhaber im Jahre 1833 an den damaligen Justizminister mit der Bitte, die Umschreibung des Postens ohne weiteres anzuordnen. Der Justizminister kam diesem Antrage auch ganz sachgemäß in einer richtig motivirten Ausführung nach (s. Bornemann, S. 21, und Kamptz, Jahrb., Bd. 41, S. 525 fg.) und veranlaßte, um den Widerspruch mit dem Rescript von 1801 zu erledigen, einen Allerh. Erlaß vom 29. Mai 1833, in welchem richtig bestimmt wurde, daß die Vorschriften der Hypothekenordnung, §. 60 fg., 199, 248 fg., auf früher errichtete Verträge und einseitig ausgestellte Urkunden und deren äußere Form keine Anwendung finden könnten. Ein ähnliches Rescript, in Bezug auf die wiedervereinigten Provinzen und das für sie erlassene Patent vom 22. Mai 1815 nebst Instruction vom 30. Mai 1815, erging unterm 14. Aug. 1837, bestimmend, daß auf Grund der unter der Herrschaft des gemeinen Rechts errichteten Privaturkunden, welche nach den damaligen Gesetzen in formeller und materieller Hinsicht zum Eigenthumserwerb genügten und keine sichtbaren Mängel an sich trügen, die Besitztitelberichtigung ohne weiteres erfolgen müsse.

Es ist daher nur eine ausdrückliche Anerkennung unsers Princips und des §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht, wenn der preußische

---

Dem gegenüber ergreift nun Bornemann die Partei der ältern Ministerialrescripte von 1792 und 1801 und erklärt die Ausführung des Justizministers in dem im Jahre 1833 erstatteten Bericht für „nicht durchaus zutreffend". Seine Gründe sind diese: Auch nach preußischen Gesetzen genügten bloße Privaturkunden als causa praecedens des Erwerbs von Sachen und Rechten. Nur nicht für hypothekarische Eintragung ohne weiteres. Hierzu bestimme vielmehr die Hypothekenordnung, daß solche Privaturkunden dem Aussteller zuvörderst zur Anerkennung vorgelegt werden sollten. „Wenn nun", sagt Bornemann, „die ältern Rescripte vorschreiben, daß diese Bestimmung auch auf die unter der Herrschaft des gemeinen Rechts errichteten Urkunden anzuwenden sei, so wird dadurch der Hypothekenordnung keine rückwirkende Kraft beigelegt. Denn die formelle Gültigkeit dieser Urkunden bleibt unberührt. (!) Es soll ihnen nur in Bezug auf eine Einrichtung, welche dem gemeinen Rechte fremd ist und auf welche dasselbe daher nicht einwirken kann, keine mehrere Kraft beigelegt werden als den unter der Herrschaft des preußischen Rechts errichteten Urkunden derselben Art. Meines Erachtens entsprechen die ältern Rescripte daher der strengen Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über die zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze."

Aber dieser Scharfsinn ist ein in hohem Grade sich selbst verwirrender. Die einzige Frage, die in dem Falle überhaupt zu untersuchen war, ist lediglich die, ob nach dem damaligen gemeinen Recht die Privatcession vom 7. Dec. 1748 die grundbücherliche Forderung mit voller Wirksamkeit übertrug (und zur grundbücherlichen Umschreibung berechtigte). Dies bestreitet Bornemann nicht, und somit ist die Frage entschieden. Denn daß auch die preußischen Gesetze Privaturkunden zur hypothekarischen Eintragung zulassen, aber nur nachdem der Aussteller zuvor recognoscirt hat, kann keinen Einfluß üben und macht den Fall gar nicht anders stehen, als er stünde, wenn das preußische Gesetz gar keine Privaturkunde, sondern nur notarielle zur Eintragung zuließe. Das preußische Gesetz kann für die unter seiner Herrschaft errichteten Urkunden vorschreiben, daß, um bestimmte Arten von Wirksamkeit zu haben, Urkunden bestimmte Formen beobachten müssen, z. B. gerichtliche oder notarielle Form, oder die Form der Recognoscirung. Bei Nichtbeobachtung dieser Formen kann es ihnen alle oder doch gewisse Wirksamkeiten versagen. Wer somit unter preußischem Gesetz eine Privaturkunde empfängt, weiß und unterwirft sich dem mit Freiheit, daß er zur Eintragung die Recognoscirung des Ausstellers nachsuchen muß. Wenn aber die frühere Privatcession einmal das volle Recht auf die grundbücherliche Eintragung, an deren Stelle das neue Hypothekenwesen getreten war, ohne Recognoscirung ertheilte, so konnte der Richter nicht das früher gültig erworbene Recht wegen Nichterfülltseins der neuen Form für stillschweigend vom Gesetz vernichtet erachten. Der Gesetzgeber hätte verlangen können, daß schon bestehende Privaturkunden, die dies bisher nicht nöthig hatten, nachträglich vom Aussteller zur Eintragung recognoscirt werden müßten; er hätte eine Frist hierfür festsetzen können, bei deren Nichtbeachtung das Recht entzogen sein solle. Aber da der Gesetzgeber die Nachholung der neuen Form nicht ausdrücklich verordnete, durfte sie der Richter nicht von selbst suppliren. Und der Gesetzgeber selbst hätte diese Forderung nur stellen dürfen für solche Fälle, wo die Nachholung der neuen Form (Recognoscirung) noch möglich und

Gesetzgeber in den transitorischen Patenten für diejenigen Provinzen, welche bis dahin unter französischem Rechte gestanden hatten und wo somit olographische und notarielle Testamente gültig gewesen waren, in dem Bestreben, die Verität und Unanfechtbarkeit der letztwilligen Verordnungen mehr zu sichern, eine neue gerichtliche Anfertigung der Testamente nach den Vorschriften des Allg. Landrechts, auch in Bezug auf die schon gültig bestehenden, verlangte. Das Patent vom 9. Sept. 1814 für die Provinzen jenseit der Elbe[1] verordnet hierüber in §. 7:

„Es sollen aber die von den Erblassern eigenhändig ge- und unterschriebenen, ohne Beobachtung einer weitern Form bisher gültig gewesenen Testamente, ingleichen diejenigen, welche vor Notarien aufgenommen worden, nur noch *während eines Jahres*, vom 1. Jan. 1815 an gerechnet, als rechtsbeständig erachtet werden.

Nach Ablauf dieses Zeitraums tritt in Ermangelung einer gültig aufgenommenen Disposition die gesetzliche Erbfolge ein, *wofern nicht nachgewiesen* werden kann, daß der Erblasser während des ganzen einjährigen Zeitraums von Errichtung eines Testaments nach den Vorschriften des Allg. Landrechts verhindert gewesen ist."

Alle Forderungen des Begriffs sind hier sorgfältig erfüllt. Es ist eine hinreichende Frist gegeben, innerhalb welcher der Testirende seinen Willen von neuem darlegen kann und soll, und bis zu deren Ende die frühere Darlegung gültig bleibt, und selbst nach Ablauf dieser Frist ist der *Gegenbeweis* zugelassen, daß der Testirende sich in *factischer*

---

blos von dem Willen des Cessionars abhängig war, also wo der Aussteller noch *lebte* und *processualisch zur Recognoscirung genöthigt* werden konnte, nicht aber bei Urkunden von 1748 und früher. Jede andere Entscheidung des Gesetzgebers, und um so mehr des Richters, verletzt die oben entwickelte Natur der Sache und den §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht, wie gleichfalls aus dem Obigen sich ergibt.

Ist es nicht bezeichnend, daß Bornemann, der, wie wir sahen, in diesem §. 16, der keine Spur von Rückwirkung enthält, eine „rückwirkende Kraft" erblickt, gerade dadurch hier selbst in flagrante Rückwirkung verfallen muß? Wir wollen nicht verschweigen, daß Bornemann darauf selbst erklärt, wie seine Entscheidung zwar streng rechtlich sei, aber zu sehr bedenklichen Uebelständen führen könne, weshalb er derartige Fälle dem Ermessen des Hypothekenrichters anheimzustellen vorschlägt. Allein es gibt dabei nichts anheimzustellen, weil die Entscheidung Bornemann's nicht unbillig, wie er meint, sondern dies nur nebenbei und vor allem unjuristisch ist.

[1] Und ebenso in dem Patent für Westpreußen vom 9. Nov. 1816, §. 9, und für das Großherzogthum Posen, vom selben Tage, §. 9.

Unmöglichkeit befunden habe; das Individuum ist also schlechthin nur von seinem eigenen Willen abhängig gemacht.

Es ist also höchlich auffällig, wenn Savigny (VIII, 478) diese Verordnung eine „ganz eigenthümliche Bestimmung" nennt, in welcher „nun augenscheinlich der Ausdruck eines allgemeinen bleibenden Grundsatzes nicht enthalten ist, sondern nur die Nothhülfe für einen einzelnen Fall. Auch findet sich in den übrigen transitorischen Gesetzen eine ähnliche Bestimmung gar nicht".

Jedenfalls hätte Savigny sehen müssen, daß diese angeblich ganz eigenthümliche Bestimmung den allgemeinen bleibenden Grundsatz des §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht in sich enthält; daß sie nur denselben Grundsatz enthält, von dem auch das Verfahren bei der Hypothekenordnung, das er selbst billigt (s. VIII, 539), nur ein Ausfluß ist; denselben Grundsatz, der, statt eigenthümlich zu sein, in den verschiedensten Gesetzgebungen nachgewiesen werden kann.

So erklärt zwar Justinian in der Nov. 66, Kap. 1, §. 4, daß die zur Zeit bereits bestehenden Testamente in Bezug auf die Gültigkeit ihrer Form nicht nach seinen neuen Vorschriften zu beurtheilen und von neuem aufzunehmen wären (nec accusentur quod eo tempore, quo illi vixerunt, eas non mutaverint); aber er erklärt ausdrücklich, daß er nur deshalb dies nicht fordere, weil dies in sehr vielen Fällen dem testirenden Individuum nicht mehr factisch möglich sein würde und nur aus diesem Grunde eine solche Forderung unzulässig wäre; denn unmittelbar nach den angeführten Worten, in welchen er gesagt, daß die Neuerrichtung der Testamente nicht verlangt werden könne, fährt er, dies begründend, also fort: „neque enim omnia in nostra potestate sunt, nec semper aliquis *tempus testandi habet*. Nam saepe *mors repente homines opprimit* iisque *facultatem testandi adimit* (τῆς τοῦ διαθέσθαι τούτους ἐξουσίας ἀφαιρούμεναι). *Quare* quod ab initio recte factum est" u. s. w.

Justinian spricht also deutlich genug aus, daß, wäre nicht jenes Bedenken von der factischen Unmöglichkeit, d. h. von der nicht immer vorhandenen Abhängigkeit der Erfüllung von dem bloßen individuellen Willen[1] — ein Bedenken, welches in den preußischen Patenten so sorgfältig gewahrt wird — die Erneuerung der Testamente vom Gesetzgeber gar wohl verlangt werden könnte.

---

[1] Die factische Möglichkeit in diesem Sinne, d. h. die Abhängigkeit einer Handlung von dem bloßen individuellen Willen, wird daher mit Recht überall da zur rechtlichen Kategorie, wo es auf den individuellen Willen ankommt; vergl. beispielsweise oben über die Verjährung (agere non valenti non currit praescriptio, S. 130), die L. 18, C. de testibus (4, 20), u. s. w.

Ebenso direct wie in den preußischen Patenten ist der Grundsatz in den Annalen der französischen Gesetzgebung nachzuweisen. Die französischen Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II hatten die Testirfähigkeit gänzlich verändert und insoweit freilich ohne jede Beziehung auf das in Rede stehende Princip die Testamente der noch Lebenden vernichtet. Allein sie hatten noch eine quotité disponible übrig gelassen, über welche testirt werden konnte (ein Zehntel des Vermögens, wenn directe Erben, und ein Sechstel, wenn nur Collateralerben vorhanden waren). Es entstand jetzt die Frage, ob nicht wenigstens für diesen Betrag die bereits bestehenden und in verbotener Weise à titre universel verfügenden Testamente aufrecht zu halten seien, oder ob sie als gänzlich nichtig zu betrachten und die Errichtung neuer Testamente zur Verfügung über den jetzt noch erlaubten Theil erforderlich wäre. Insofern war dies nur eine Frage nach der formellen äußern Gültigkeit der bestehenden Testamente, oder konnte doch mindestens als solche äußere Formfrage aufgefaßt werden und wurde, wie wir sehen werden, schließlich nur so aufgefaßt. Der Convent entschied hierüber durch Art. 47 des Decrets vom 22. Ventôse II mit folgenden Worten:

> „Que la loi a aboli ces anciennes dispositions et que si elle a simplement réduit à une quotité celles dont l'auteur décédé *ne pouvait refaire* un nouvel acte, ce motif a *cessé* lorsque cet auteur a survécu à la promulgation de la loi du 5 brumaire; qu'ainsi et s'il ne l'a pas fait, l'ancienne disposition est nulle pour le tout."

Der Convent stimmte also mit dem preußischen Gesetzgeber ganz in den Principien überein, sowol im Grundsatz, daß die neue Errichtung von Testamenten gefordert werden könne, als auch darin, daß diese Forderung nur dann zulässig sei, wenn der Testator das Testament neu machen könne. Nur daß der Convent das „*ne pouvait pas* refaire" lediglich in dem Tode des Testators erblicken wollte.

Nun wurden (s. oben S. 30 fg.) die Gesetze vom 5. Brumaire, 17. Nivôse und 22. Ventôse II gerade wegen ihrer, sei es wahren, sei es vermeintlichen Rückwirkung später — in Bezug auf diesen rückwirkenden Effect — zurückgenommen. Hierbei bestimmte nun das unter dem Directorium erlassene Gesetz vom 18. Pluviôse V (6. Febr. 1797) in Bezug auf die uns hier beschäftigende Frage in Art. 4:

> „Les actes de dernière volonté faits antérieurement à la publication des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 et qui n'ont pas été refaits ou renouvelés depuis, dans *les cas mêmes où la loi en indiquait l'obligation*, restent néanmoins valables et sont seulement *reductibles* jusqu'à la concurrence de la quotité disponible, *lorsqu'ils sont l'ou-*

vrage, 1° de militaires décédés au service de la patrie, ou de personnes mortes au service des armées; 2° de personnes décédées en maison de réclusion ou qui ont péri en vertu de jugements révolutionnaires, ou qui ont demeuré cachées par suite de mises hors la loi ou de mandats d'arrêt; 3° de personnes mortes en voyages de long cours."

Das heißt also, in solchen Fällen, wo die Erneuerung des Testaments trotz des Fortlebens des Testators nicht mehr von seinem bloßen Willen abgehangen hatte, ihm vielmehr offenbar unmöglich gewesen war, sollte das alte Testament formell gültig bleiben (bis zum erlaubten Betrage). Gänzlich ungültig sollten dagegen die Testamente aller solcher Personen sein, die, ohne sich in diesen Verhinderungsfällen zu befinden, die Publication jener Gesetze überlebt hatten, ohne die Testamente zu erneuern (par des personnes qui ont survécu à la publication de la dite loi sans les renouveler). Also auch jetzt, wo man sehr aufgelegt war (s. oben S. 35), den Begriff der Rückwirkung sehr weit zu fassen und solche besonders in den Verordnungen des Convents leicht zu erblicken, vermochte man doch eine solche nicht darin zu sehen, daß das Gesetz die formelle Erneuerung verlangt hatte, und schloß dies in den Widerruf des retroactiven Effects der Brumaire- und Nivôse-Gesetze nicht ein. Nur noch eine sehr wichtige Hinzufügung macht das angezogene Gesetz. Trotz des Vorhergesagten sollten nämlich bis zum Betrag der quotité disponible gültig bleiben alle Testamente in allen solchen Fällen, wo sich die Erbschaften zwar nach den Gesetzen vom 5. Brumaire und 17. Nivôse, aber vor dem Gesetz vom 22. Ventôse II

„qui a *déclaré formellement la nécessité de renouveler* les dispositions à titre universe"

eröffnet hatten. — Diese beschränkende Hinzufügung und ihre angeführte Motivirung ist aus zweierlei Gründen sehr wichtig. Einmal zeigt sich darin, daß der gesetzgebende Körper die Ungültigkeit der Testamente nicht auffaßte als eine Folge der Hinfälligkeit ihrer prohibirten Bestimmungen, als eine materielle Nichtigkeit, die, das prohibirte Testament überhaupt beseitigend, die reine Intestaterbfolge eintreten lassen mußte. Diese der Sache jede nähere Beziehung auf unsern jetzigen Gesichtspunkt raubende Auffassung, welche seit je bei den Testamenten eine große Rolle gespielt hat, welche aber überhaupt schwerlich möglich sein dürfte, wo die Errichtung des Testaments dem prohibirenden Gesetze vorhergeht, lag hier nicht vor, denn sonst würde diese Nichtigkeit der Testamente auch bei den schon seit den Gesetzen vom 5. Brumaire und 17. Nivôse eröffneten Erbschaften haben eintreten müssen, weil diese Gesetze es ja eben waren, welche jene prohibitiven Bestimmungen enthielten. Dennoch sollte diese

Ungültigkeit erst vom Ventôse-Gesetz ab eintreten und zwar ausdrücklich, weil dieses — in dem oben angeführten Art. 47 — „formell die Nothwendigkeit erklärt hatte, jene Testamente zu erneuern". Der legislative Körper faßte also die Ungültigkeit der Testamente nur als die Folge der Nichterfüllung der Vorschrift über die Nachholung der äußern testamentarischen Form auf, welche er in jenem Art. 47 des Ventôse-Gesetzes erblickte, in demselben Sinne, wie die bezogenen preußischen Patente eine solche enthalten.

Zweitens erkannte durch diese Bestimmung der legislative Körper das schon oben (Anm. 1 zu S. 143) gegen Bornemann von uns entwickelte Princip an, daß, wo die Nothwendigkeit vorliegen soll, die Wirksamkeit einer frühern Handlung durch Nachholung einer äußern, von neuen Gesetzen verfügten Form aufrecht zu halten, diese Forderung vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen sein muß, und wenn eine solche Bestimmung fehlt, durch keine Interpretation aus den Gesetzen gefolgert werden darf. Darum räumte der legislative Körper nicht ein, daß schon in die Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse — so nahe ihnen diese Interpretation lag — durch Folgerung die Forderung hineingetragen werden dürfe, die bereits bestehenden Testamente zu erneuern, sondern erst von der ausdrücklichen Aufforderung des Ventôse-Gesetzes an datirt er die Wirkung, die bestehenden nicht erneuerten Testamente ungültig zu machen. — Der Grund hiervon ist der oben entwickelte. Die Bestimmungen, die wir bisher in diesem Paragraphen betrachtet haben, lösen sich in die gesetzgeberische Forderung an das Individuum auf, seinen Willen noch einmal zu setzen, wenn er aufrecht bleiben solle. Da dieser Wille bereits in an und für sich wirksamer Form vollbracht ist, so ist diese Forderung eine dem Individuum auferlegte Last, rechtfertigt sich aber durch das Recht des Staats, Leistungen für die Gewährung des Civilschutzes zu fordern. Eben deshalb aber hat nur der Gesetzgeber das Recht, diese Last und Leistung zur Aufrechthaltung des an und für sich schon Gültigen aufzuerlegen; der Richter, dem dies positive Recht nicht zusteht, kann, wo sie nicht ausdrücklich auferlegt ist, sie nicht durch Folgerungen schaffen und dem an und für sich Gültigen seine Anerkennung versagen.

Ebenso ausdrücklich wie der §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht, und in noch allgemeinerer Weise erkennt Merlin die von uns im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Folgerung des Begriffs an. Er sagt[1]: obgleich contractliche Rechte, seien es actuelle, eventuelle oder

[1] Rép. de Jurisprud. v° Effet retr., Sect. III, §. 3, Art. 3, No. 11, T. V, p. 575.

exspectative, außer dem Bereich eines spätern Gesetzes stehen, so könne das spätere Gesetz doch nichtsdestoweniger „en subordonner l'exercice à telles formalités, à telles diligences, à telles conditions qu'il lui plaît, pourvu que ces formalités, ces diligences et ces conditions *ne dépendent point* d'événements ou de faits *étrangers à la volonté des parties* auxquelles elle les impose, ou, en d'autres termes, pourvu que ces parties ne puissent imputer qu'à leur *propre incurie* la perte qu'elles éprouvent par l'omission ou l'inaccomplissement de ces formalités, de ces diligences, de ces conditions.

„Ainsi, comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas en réduisant aujourdhui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut qui a été précédemment stipulé sous une loi qui l'autorisait, ne continue d'être exigible; mais elle peut dire au créancier à qui elle conserve forcément le droit d'exiger des intérêts sur le pied de leur stipulation primitive: «tu te feras désormais payer ces intérêts dans tel délai; et faute de diligence de ta part pour te les faire payer dans ce délai, ils seront prescrits.» Et voilà pourquoi nul ne doute que l'art. 2277 du Code civil qui assujettit les intérêts à la prescription de cinq ans, ne soit applicable aux intérêts qui, bien que stipulés antérieurement au Code civil et dans les pays où, à l'époque de leur stipulation, ils n'étaient prescriptibles que par trente ans, ne sont néanmoins échus que postérieurement à la mise en activité de cet article.

„Ainsi, la loi du 11 brumaire an VII, en établissant un nouveau système hypothécaire, n'a pas pu abolir les hypothèques qui avaient été constituées suivant l'ancien mode; mais elle a très-bien pu dire aux créanciers à qui appartenaient ces hypothèques et elle leur a dit en effet: vous ferez inscrire ces hypothèques aux bureaux des conservateurs dans telle forme et tel délai; sinon vous serez déchus."

Schwerlich sind jemals Worte deutlicher durch die Thätigkeit des Begriffs hervorgetrieben worden als die eben angeführten, welche die von uns im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Folgerung so ausdrücklich aussprechen. Und nur das könnte fast wundernehmen, wie Merlin, trotz dieser so klaren und, wie wir schon oben aufmerksam machten, den wahren und alleinigen Inhalt des Rückwirkungsbegriffs in so durchsichtiger und entscheidender Weise bloßlegenden Worte, dennoch nie dazu gelangte, sich diesen Begriff selbst und somit erst die wahre theoretische Begründung der hier von ihm selbst gezogenen Folgerung zum Bewußtsein zu bringen. Es könnte dies wundernehmen, wenn dies nicht eben die besondere Eigen-

thümlichkeit der Franzosen wäre, unter der treibenden Herrschaft des echten Begriffs zu stehen, ohne sich über ihn selbst klar zu werden.

Mehr wunder kann daher nehmen, daß Merlin nicht einmal die juristische Verstandesconsequenz seiner Worte streng festhält, wie sich in Folgendem zeigt.

In dem Bezirk des Parlaments von Toulouse genoß der durch Zwangsverkauf expropriirte Schuldner das Recht, während 10 Jahren à rabattre le décret, d. h. gegen Erstattung von Preis und Kosten den Adjudicator zu evinciren. Insofern Schuldner solche Zwangsverkäufe unter der Herrschaft dieses Gesetzes hatten eintreten lassen, mußte dieses Evictionsrecht mit Grund als ein droit conventionnel, als eine stillschweigend beim Verkauf stipulirte resolutorische Bedingung gelten. Nichtsdestoweniger wurde durch Gesetz vom 25. Aug. 1792 dies Recht auch in Bezug auf die schon geschehenen Zwangsverkäufe aufgehoben. Der Convent aber fühlte sehr bald die hierin liegende Rückwirkung und weit entfernt, eine solche zu wollen, verfügte er durch ein anderes Gesetz vom 12. Febr. 1793 (Art. 2), daß die Abschaffung jenes Rechts nur die nach dem Gesetz vom 25. Aug. 1792 geschehenen Adjudicationen treffen, in Bezug auf frühere Adjudicationen aber die alten Eigenthümer dasselbe, solange sie noch in der frühern (zehnjährigen) Frist sich befänden, behalten sollten.

Unterm 17. Germinal II erging jedoch ein neues Gesetz, welches diese Frist abkürzte und verordnete, daß nach dem 1. Vendémiaire III eine action en rabattement nicht mehr zulässig sein solle.

In der Reactionsperiode war man aber auch von diesem fristabkürzenden Gesetz der Ansicht, daß es rückwirkend sei. Infolge dessen wurde es durch Gesetz vom 25. Brumaire VI rapportirt, weil es in sich einschlösse „des dispositions de rétroactivité également contraire à la justice et à la déclaration des droits".

Merlin, welcher jenes Gesetz vom 17. Germinal II bespricht, ist gleichfalls der Meinung, daß es rückwirkend gewesen sei. „Denn", sagt er (a. a. O., S. 567), „si la loi peut abroger le *délai* d'un retrait purement légal, elle n'a pas le même pouvoir à l'égard d'un retrait à la fois légal et *tacitement conventionnel*."

Allein, wenn man auch der Ansicht sein muß, daß das Gesetz rückwirkend war, — aus diesem Grunde, daß die Frist stillschweigend conventionell war, ein Grund, der vielmehr zu einer ganz falschen Theorie führen müßte, war es dies gewiß nicht! Denn warum sollte das Gesetz nicht eine stillschweigend stipulirte Frist, ja selbst eine ausdrücklich ausbedungene, ohne Rückwirkung abkürzen können?

Einstimmig ist man der Ansicht, und Merlin selbst hat sie in den oben angeführten Worten (S. 149) ausgesprochen, daß das Gesetz Ver-

jährungsfristen auch in Bezug auf schon entstandene Forderungen ohne jede Rückwirkung abkürzen kann. Und ist nicht ebenso in jedem Contract, durch den eine Forderung erworben wird, die stillschweigende Bedingung zu erblicken, daß sie nur in der zur Zeit des Contracts gesetzlich bestimmten Frist verjähren soll, wie in dem Zwangsverkauf unter jenem Gesetz die tacite Bedingung, in der Frist des Gesetzes das Eigenthumsrecht geltend zu machen, zu erblicken ist?

Hierin also, weil die Frist eine stillschweigend conventionelle war, liegt nicht der Grund. Nicht einmal die ausdrückliche Bestellung der Verjährungsfrist in einem Contracte würde gegen ein späteres kürzere Fristen einführendes Gesetz schützen.

Der Unterschied liegt vielmehr in einem schon oben hervorgehobenen Begriffsmoment.

Bei der Verjährung genügt der bloße Wille des Individuums, sein Recht aufrecht zu halten. Wenn es sich auch stillschweigend oder ausdrücklich eine längere Frist ausbedungen hat, es kann jederzeit klagen, wenn ihm das Gesetz dies aufgibt. Es wird hierdurch also von keinem andern Umstand als von seinem Willen abhängig gemacht. Zu der Bewerkstelligung des Rückkaufs dagegen genügt nicht die einfache individuelle Willenserklärung, wie bei der Klage, sondern es muß hierzu auch noch die Offerte des Kaufpreises treten, also eine von seiner bloßen Willensmanifestation unabhängige objective Leistung. Zur Beschaffung dieser Mittel hat sich das Individuum in der stillschweigend conventionellen Frist einen bestimmten Zeitraum ausbedungen. Dieser darf ihm also nicht verkürzt werden, weil einerseits die Rücknahme des Guts ein bloßes vorbehaltenes Recht des alten Eigenthümers, keine Pflicht desselben bildet und andererseits durch die gegen seinen Willen eintretende Verkürzung dieser Frist ihn um den Inhalt dieses Rechts selbst bringen kann, da zur Ausübung desselben der bloße Wille nicht hinreicht.

Es ergibt sich aus dieser Analyse die allgemeine Folge: Fristen, mögen sie stillschweigend oder ausdrücklich ausbedungen sein, können durch spätere Gesetze ohne Rückwirkung verkürzt werden, wenn zur Aufrechthaltung des dabei in Rede stehenden Rechts der bloße individuelle Wille hinreicht. Sie können nicht verkürzt werden, wenn zu dieser Aufrechthaltung das Individuum noch irgendeine außerhalb des bloßen individuellen Willens liegende Bedingung bedarf.[1]

In der bisherigen Untersuchung war immer nur von Fällen die Rede, wo, wie bei dem Testament, der Hypothekeninscription, der Ver-

[1] Insoweit liegt also in dem die Frist der action en rabattement abkürzenden Gesetz vom 17. Germinal II eine wirkliche Rückwirkung vor.

jährung, nur ein einseitiger Berechtigter vorhanden war, welcher zur Aufrechterhaltung seines bereits bestehenden Rechts seinen Willen zu setzen, resp. noch einmal zu setzen hatte.

Es folgt aber aus dem Inhalt des hier betrachteten Begriffsmoments und ist deshalb schon im Anfang dieses Paragraphen entwickelt worden, daß das wie in erworbene Rechte überhaupt, so auch in bestehende zweiseitige Verträge ohne Rückwirkung eingreifen und dieselben ganz oder theilweise aufheben oder ändern kann, wenn es nur eben das Ausschließen dieser seiner ändernden Einwirkung und das weitere Aufrechterhalten des bisherigen Rechts von nichts anderm abhängig macht, als von einer lediglich in dem Willen des bisher mit dem betreffenden Recht ausgerüsteten Individuums gelegenen Handlung.

Es handelt sich jetzt darum, dies überaus wichtige Princip, dessen theoretischer Beweis schon in dem Eingang dieses Paragraphen gegeben ist, und dessen Verkennung so viele falsche Entscheidungen und irreführende Formeln über das Verhältniß der Verträge zu den Gesetzen veranlaßt hat, gleichwol wiederum als schon im empirisch-juristischen Stoff anerkannt und thätig nachzuweisen.

Dies mag zunächst an der Justinianischen Novella 120 de alienatione et emphyteusi rerum ecclesiasticarum geschehen, die auf das sichtlichste von ihm regiert wird.

Justinian verordnet im achten Kapitel dieser Novelle: „Si locator aliquis vel emphyteuta rei pertinentis vel ad sanctissimam magnam ecclesiam vel ad aliam venerabilem domum in quocunque loco reipublicae nostrae sitam aut deteriorem *reddat* rem, quam *accepit* vel *post haec accipiet*, aut per biennium emphyteuticum vel locationis canonem a se promissum *non solvat*, *potestatem* venerabili domui, a qua locatio vel emphyteusis celebrata est, concedimus, ut ea quae ei pro tempore praeterito debentur, veteremque statum rei locatae vel in emphyteusin datae exigat et *emphyteusi vel locatione ejiciat*, ut qui nec de meliorationibus actionem quandam contra venerabiles domos movere possit."

Es soll also der Miether und selbst der Pächter auf emphyteutischen Titel, wenn er binnen zwei Jahren den stipulirten Kanon nicht entrichtet oder das Grundstück deteriorirt, vom Eigenthümer aus der Emphyteuse herausgeworfen werden können, und dies soll auch für die bereits geschlossenen Verträge gelten.

Der abändernde Eingriff in das bestehende Vertragsverhältniß ist unleugbar. Dem emphyteutischen Pächter wird sein erworbenes Recht auf das Vertragsverhältniß entzogen durch die gesetzliche Verfügung einer Bedingung, welcher er sich bei Eingehung des Vertrags weder ausdrück-

lich noch stillschweigend unterworfen hatte. Aber dieser Eingriff ist durchaus ohne Rückwirkung und vollkommen regelmäßig, weil die Aufrechterhaltung seines bisherigen Rechts nur abhängig gemacht ist von zwei lediglich in seinem Willen stehenden Handlungen, von der Nichtdeterioirung des Grundstücks, und von der nicht zwei Jahre hintereinander eintretenden Verletzung seiner contractlichen Pflicht zur Erlegung des jährlichen Kanons. Sehr irrig wäre es, in letzterer Hinsicht geltend machen zu wollen, daß zu dieser Entrichtung der bloße Wille nicht genüge, vielmehr außer demselben auch Zahlmittel erforderlich seien, und daß es sich daher ebenso verhalte, wie oben bei der Frist für das Rückkaufsrecht. Dort trat Rückwirkung ein, weil keine Verbindlichkeit zum Rückkauf, sondern lediglich ein Recht hierauf vorlag und dieses Recht durch die Verkürzung der für die Ausübung desselben stillschweigend ausbedungenen Frist wegen nicht vorhandener Zahlmittel illusorisch gemacht werden konnte.

Im gegenwärtigen Falle aber wird dem emphyteutischen Pächter nicht durch das Gesetz auferlegt, eine Zahlung zu machen, zu der er nur berechtigt, nicht verpflichtet ist; es wird ihm ebenso wenig auferlegt, früher zu zahlen, als er sich verpflichtet hat. Es wird vom Gesetz nur die Nichtverletzung einer selbstübernommenen Verbindlichkeit von ihm gefordert.

Dies aber, übernommene Verbindlichkeiten nicht zu verletzen, muß nach der rechtlichen Anschauung stets als in der alleinigen Willensfreiheit des Individuums stehend angenommen werden. Die einzige Ausnahme hiervon sind die Fälle der force majeure, die darum eben auch helfen und helfen müssen.

Sehr beachtenswerth ist der sorgfältig beobachtete Unterschied im Gebrauch der tempora und modi in der Justinianischen Novelle, der im griechischen Text noch schärfer hervortritt. Justinian sagt, seine Verordnung solle platzgreifen, wenn Einer eine Sache in Emphyteuse angenommen hat oder annehmen wird, — quam *accepit* vel post *accipiet* (ὅπερ ἢ ἔλαβεν ἢ μετὰ ταῦτα λάβοι). Hierfür soll es also ganz gleich bleiben, ob die Handlung — die Vertragschließung — schon geschehen ist oder erst eintreten wird, wie wir in der That gesehen haben, daß in beiden Fällen die Willensfreiheit des Pächters gleichmäßig erhalten bleibt. Dagegen heißt es: das Gesetz solle platzgreifen, wenn der Pächter das Grundstück deterioriren oder den Kanon während zwei Jahren nicht zahlen wird. Hier steht der in der Verbindung mit den Bedingungspartikeln stets Futuralbedeutung annehmende Conjunctiv: „εἰδέτις — — ἢ χεῖρον ποιήσῃ τὸ πρᾶγμα, ὅπερ ἔλαβεν, ἢ ἐπὶ διετίαν μὴ καταβάλῃ τὸν παρ' αὐτοῦ ὁμολογηθέντα ἐμφυτευτικὸν ἢ μισθωτικὸν κανόνα" (si — deteriorem *reddat* — aut non *solvat*, oder, wie die

Gloſſe noch beſtimmter überſetzt: aut per biennium non *intulerit*). Dieſe ſich gleichbleibende Abwechſelung in den Zeitformen der unmittelbar aufeinander folgenden Verba zeigt, daß Juſtinian ſehr richtig gefühlt hat, worauf es ankomme. Von bereits vorgefallenen Deteriorirungen oder Nichtzahlungen ſoll und darf die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältniſſes nicht abhängig gemacht werden; denn dann würde ſie von Handlungen abhängig gemacht, die, als vergangene, nicht mehr in dem Willen des berechtigten Individuums ſtehen.

Nun ſetze man aber den Fall umgekehrt. Angenommen, daß unter einer Geſetzgebung, wo dieſe Juſtinianiſche Novelle gilt, emphyteutiſche Verträge geſchloſſen ſind und nun ein Geſetz erſcheint, nach welchem die zweijährige Nichtzahlung des Kanons nicht mehr die Wirkung hat, den Eigenthümer zur Auflöſung des Vertragsverhältniſſes zu berechtigen. Es iſt erſichtlich, daß dieſes aufhebende Geſetz auf die beſtehenden Verträge nicht einwirken kann. Denn aus den früher geſchloſſenen Verträgen war durch die als ſtillſchweigende Willensbedingung wirkende Kraft jener Novelle den Eigenthümern das Recht erworben, im Falle zweijähriger Nichtentrichtung des Kanons das Grundſtück einzuziehen, und die Aufrechthaltung dieſes beſtehenden Rechtes würde durch Einführung des neuen Geſetzes, da Zahlung oder Nichtzahlung des Pächters nicht ein vom Eigenthümer abhängiges Willensfactum iſt, nicht, wie im vorigen Falle, von dem Willen des Berechtigten abhängig gemacht. Hier läge alſo vollſtändige Rückwirkung vor.

Wenn alſo Göſchel, gerade dieſen letzten von uns ſupponirten Fall betrachtend, ſagt[1], daß, wenn eine Kirche vor dem Eintritt des Allg. Landrechts vertragsmäßig ein Grundſtück in Erbzins auszuthun ſich verpflichtet habe, zwar auf Erfüllung und Reſciſſion des Vertrags nach den ältern Geſetzen geklagt werden könne, daß dagegen die Emphyteuſe ſelbſt, wenn nichts Beſonderes vertragsmäßig feſtgeſetzt iſt, wegen des vom Landrecht aufgehobenen Unterſchiedes der perſönlichen Eigenſchaft des Erbzinsherrn (Thl. I, Tit. 18, §§. 772, 773) nicht mehr in zwei, ſondern nun erſt in drei Jahren verloren gehe, ſo iſt der große Irrthum dieſer Entſcheidung jetzt poſitiv nachgewieſen.[2] Zugleich iſt aber auch nachgewieſen,

---

[1] Simon und v. Strampff Zeitſchrift, II, 20 fg.

[2] Man kann dieſe Göſchel'ſche Entſcheidung auch nicht aus dem Grunde aufrecht halten wollen, weil (vgl. §. 7) die landrechtliche Aufhebung des Unterſchiedes in der perſönlichen Qualität des Erbzinsherrn dem öffentlichen Recht entfloſſen und ſomit ein zwingendes Geſetz ſei. Gewiß iſt ſie dies inſoweit, daß unter dem Allg. Landrecht nicht mehr ein Erbzinsvertrag geſchloſſen werden kann, in welchem eine Kirche ſich ausdrücklich auf Grund deſſen, daß ſie Kirche und nicht gewöhnlicher Erbzinsherr ſei, mit Bezugnahme auf jene Novelle die zweijährige Friſt

welches der wahre Gedanke in der von ihm — und schon vor ihm von Meyer in seinen Principes sur les questions transitoires — aufgestellten Unterscheidung ist zwischen den „unmittelbaren und den mittelbaren Folgen eines Vertrags", von denen die erstern nur nach dem ältern, die letztern nach dem neuen Gesetze sich richten sollen. Daß dieser Gedanke in dieser Form, wie er bei Göschel und Meyer herausgerungen ist, falsch und principlos ist, ist ihnen von allen Seiten hinlänglich eingeworfen und soeben noch durch die betrachtete Entscheidung Göschel's gezeigt worden. Das Wahre aber, welches sie zu dieser Unterscheidung getrieben hat und nur wegen der nicht klaren begrifflichen Erfassung des Gedankens, unter dessen Einwirkung sie standen, sich zu einer die begriffliche Natur der Sache nicht erschöpfenden und darum falschen Formel verkehrt hat, ist eben jenes aus dem Begriff entwickelte und an der Justinianischen Novelle belegte Gedankenprincip.

Und es ist, wie nunmehr gleichfalls von selbst klar sein wird, nur die sich geltend machende Kraft desselben Princips, welche den badischen Gesetzgeber getrieben hat, unter die Zusätze, mit welchen der Code Napoléon als Landesgesetz für Baden verkündet worden ist, folgenden Zusatz zum Art. 2 des Code Nap. aufzunehmen:

> „Künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Gesetz das Recht gegeben hatte, kann ein späteres ändern, ohne rückwirkend zu sein, solange es nur noch zwischen eintritt, ehe der Fall entsteht, der die Folgen erzeugt."

Man sieht, wie hier derselbe Gedanke zu Grunde liegt, den wir in der Novelle nachgewiesen haben. Der ältere Contract ist eine vergangene Begebenheit. Gleichwol kann das neuere Gesetz, ohne rückwirkend zu sein, abändernd einwirken, weil der diese Folgen erzeugende Fall der Nichtzahlung ein erst künftig, nach dem neuen Gesetze, eintretender ist. Weil aber der badische Gesetzgeber den ihn bestimmenden Gedanken nicht klar beherrscht, treibt sich derselbe nicht nur zu einem unklaren, sondern

---

stipulirt. Dies würde contra leges gehen. Aber in Bezug auf die ältern Verträge wirkt der Vorzug der Kirchenqualität nur als ein gleichgültiges Motiv zu dem Willen der Parteien, den Verlust der Emphyteuse an zweijährige Nichtzahlung zu binden. Dieser Wille selbst ist aber durch das Landrecht nicht zwingend ausgeschlossen; vielmehr kann jeder Erbzinsherr eine beliebig kürzere oder längere Zeit für den Verlust der Emphyteuse festsetzen, wie sowol von selbst klar ist, als im §. 774, Tit. 18, Thl. I, noch ausdrücklich gesagt wird. Das Landrecht derogirt also der Privatwillkür hierin durchaus nicht. — Würde es dagegen durch ein prohibitives Gesetz ausschließen, daß eine kürzere als eine dreijährige Frist bestimmt werde, so würde dann aus diesem Grunde die Göschel'sche Entscheidung allerdings zutreffen, wie sich in §. 7 ergeben wird.

auch positiv falschen Ausdruck. Denn es reicht nicht hin, daß der die Folgen erzeugende Fall erst nach dem neuen Gesetze entsteht, es hätte auch noch gesagt sein müssen, daß sein Eintreten, um ändernde Wirkung haben zu dürfen, lediglich von dem Willen dessen abhängen muß, dessen Recht entzogen oder vermindert oder dessen Verbindlichkeit vergrößert werden soll.

Ohne diese Bestimmung müssen große Irrthümer, wie die falsche Göschel'sche Entscheidung und andere ähnliche[1], die Folge dieses sich selbst misverstehenden Gedankenausdrucks sein.

Dasselbe Princip ist es, welches — und diesmal insoweit in richtigster Anwendung — die französische Jurisprudenz zu ihrer Auslegung des Art. 1912 Cod. Nap. bestimmt hat. Derselbe verordnet, daß der Schuldner einer in perpetuum constituirten Rente zur Wiedergabe des Kapitals solle gezwungen werden können, wenn er seinen Verpflichtungen während zweier Jahre nicht nachkommt, oder wenn er dem Darleiher die im Vertrag versprochenen Sicherheiten zu liefern unterläßt.

Wie die Justinianische Novelle ausdrücklich[2] anordnet, daß es gleichgültig sein solle, ob der emphyteutische Vertrag in der Vergangenheit ge-

---

[1] So heißt es bei Brauer (Erläuterungen über den Code Napoléon und die großherzogl. badische bürgerliche Gesetzgebung, I, 28): wenn unter einer Gesetzgebung, welche Ernährung des Kindes, Kindbettkosten und Jungfernschaftsvergütung zur Folge einer Schwängerung erklärte, eine Schwängerung eingetreten und während derselben der Code Napoléon eingeführt worden wäre, so würde diese Einführung zwar nicht die Entrichtung der Jungferntaxe, wol aber der Kindbettkosten und des Unterhalts für den Nichtauerkennungsfall beseitigen, weil diese nicht von der Thatsache der Schwängerung, sondern von jener der Geburt abhingen, die später wäre als die neue Gesetzgebung!! Schon die erste Voraussetzung ist unrichtig, weil die betreffenden Bestimmungen des Code Nap. durchaus prohibitiv sind und deshalb, wie wir im folgenden Paragraph sehen werden, sofort eingreifen müssen. Sieht man aber hiervon ab, so muß auch die Verpflichtung für die Kindbettkosten u. s. w., weil doch die Niederkunft nach einmal gegebener Schwängerung nicht mehr durch den Willen vermeidlich ist, bestehen bleiben, und diese Brauer'sche, dem Text des Gesetzes freilich ganz gemäße Folgerung muß durch ihre schlagende Inconsequenz fast Gelächter erregen, zeigt aber dadurch am besten, wie wenig es hinreicht, daß die Thatsache nach dem Gesetz eintritt, wenn sie nicht eine freiwillige ist.

[2] Wir wollen hier Gelegenheit nehmen zu bemerken, wie willkürlich und seltsam häufig viele Autoren mit der Benutzung solcher Gesetze, die ausdrücklich sofortige Einwirkung auf bestehende Verhältnisse verordnen, umgehen. Das eine mal führen sie dies als eine Anerkennung seitens des Gesetzgebers an, daß diese sofortige Einwirkung (vulgo Rückwirkung) in der rechtlichen Natur der Sache liege. Und gegen diese Benutzung wird sich auch im allgemeinen nichts einwenden lassen. Das andere mal dagegen führen sie die ausdrückliche Verordnung als eine Anerkennung des Gesetzgebers an, daß ohne diese specielle Verordnung das Gesetz

schlossen sei, so hat, obwol sich der Art. 1912 Code Nap. hierüber nicht äußert, die französische Jurisprudenz sehr richtig aus der rechtlichen Natur der Sache die Folgerung gezogen, daß es gleich bleibe, ob der Rentencontract unter der ältern Gesetzgebung, welche diese Verpflichtung dem Schuldner nicht auferlegte, gethätigt sei, wenn nur dies zweijährige Unterbleiben der Rentenzahlungen unter der Herrschaft des Code Napoléon erfolgt sei.[1]

---

rechtlich nicht sofort einwirken dürfe, diese Kraft ihm vielmehr ausnahmsweise durch eine die Kraft der Rechtsregeln unterdrückende Vorschrift ertheilt werden müsse. Diese Schlußfolgerung ist besonders Bergmann's Steckenpferd, und seine ganze Theorie beruht auf derselben. Man sieht aber sofort, daß es gar nichts Lahmeres gibt als diesen Schluß. Der Gesetzgeber kann sehr wohl, gerade wenn er fest überzeugt ist, daß ein Gesetz seiner rechtlichen Natur nach sofort eingreifen müsse, dies ausdrücklich anordnen, um mögliche Zweifel der Richter zu vermeiden oder widersprechenden und irrigen Auslegungen im voraus in den Weg zu treten. Man wird überhaupt im allgemeinen niemals annehmen können, daß, wenn der Gesetzgeber, um uns der Kürze halber hier dieses schiefen Ausdrucks zu bedienen, Rückwirkung verordnet, er gegen seine eigene Ansicht von dem, was die rechtliche Natur der Sache erfordere, handle! Nur daß der Gesetzgeber, der ja keine Theorie schreibt, sehr gut der Ansicht sein kann, daß zwar auf Verträge im allgemeinen nicht rückgewirkt werden dürfe, daß aber diese besondere Art von Vertrag oder diese besondere Wirkung eines solchen der rechtlichen Natur der Sache nach Rückwirkung erfordere. Er würde sich dann sogar noch sehr gut des Wortes „ausnahmsweise", welches seinen Sinn empfängt im Gegensatz zu dem allgemeinen Rechtsgebiete (z. B. Verträge), auf dem er sich gerade bewegt und zu dem, was für dieses allgemeine Gebiet zulässig ist, bedienen und doch überzeugt sein, daß die einzelne concrete Bestimmung, die er gerade trifft, der Natur der Sache nach rückwirken müsse oder dürfe. Die Auslegung, daß der Gesetzgeber nach seiner eigenen Ansicht gegen das Recht handle, wird daher nur in den allerseltensten Fällen und nur auf Grund ganz besonderer Beweise zulässig sein. Das Verhältniß der Justinianischen Novelle, welche die Vorschrift der sogenannten Rückwirkung ausdrücklich enthält, zu dem Art. 1912 C. c., welcher sie nicht enthält und dennoch so ausgelegt wird, geben einen Beleg von dem Untritischen dieser Bergmann'schen Methode.

[1] Dagegen sprechen Proudhon, des Personnes, I, 64 (ed. Valette); Chabot, Quest. trans. v° Rentes constituées, §. 1er; Duranton, Thl. 17, Nr. 615; Valette sur Proudhon l. l. Demolombe, Cours de cod. civ., Thl. 1, Nr. 55. Aber die richtige Ansicht vertritt die weit größere und gewichtigere Zahl der Autoren; so Merlin, Rép. v° Rente constituée, §. 12, Nr. 3, und v° Effet rétroactif, Sect. III, §. 3, Art. 3, V, 576 sqq.; Delvincourt, III, 413; Toullier, Thl. 6, Nr. 250; Troplong, du Prêt, Nr. 485; Duvergier, Nr. 355 fg.; Richelot, Princip. de droit civ., Thl. 1, Nr. 31. Und einstimmig hat sich die Jurisprudenz der Gerichtshöfe hierfür ausgesprochen. So die Urtheile der Appellhöfe von Poitiers vom 27. Dec. 1809, von Bordeaux vom 25. April 1811, von Turin vom 3. Mai 1811; und der pariser Cassationshof in seinen Urtheilen vom 6. Juli 1812, v. 4. Nov. 1812, v. 10. Nov. 1818, v. 25. Nov. 1839. Ebenso war in der bel-

So entschied man auch noch mit demselben Rechte, daß der Art. 1977 des Code Napoléon, welcher verfügt, daß derjenige, zu dessen Gunsten eine vermittelst eines Kaufpreises erworbene Leibrente bestellt sei, die Resiliation des Vertrags fordern kann, wenn der Schuldner die im Vertrage festgesetzten Sicherheiten nicht liefert, auch auf Leibrentenverträge anwendbar sei, die vor dem Code Napoléon constituirt worden.[1]

Aber die tödtende Macht der Formel, diese ewige sich bei jedem Schritt an seine Füße heftende Gefahr des Juristen riß hin![2]

Weil man jene Punkte mit Recht so entschieden hatte, so entschied man nun auch, durch die äußere Gleichheit verführt, daß der Art. 1978 des Code Napoléon, welcher verfügt, daß das bloße Ausbleiben der Rentenzahlungen den Leibrentengläubiger *nicht* berechtige, die Rückzahlung des Kapitals zu verlangen, auch auf solche Leibrentenverträge anwendbar sei, welche unter einem Gesetz geschlossen, das den Gläubiger in diesem Falle zur Resolution des Contracts berechtigt hatte.[3] So entriß

---

gischen Jurisprudenz ein heißer Kampf hierüber, der endlich durch den obersten Gerichtshof von Brüssel im richtigen Sinne entschieden wurde; s. Urth. vom 5. Mai 1820 und die Pasicrisie belge zum Urth. vom 16. Mai 1823.

[1] Urth. des A. H. v. Riom vom 4. Aug. 1818. (Sirey, 19, 2, 37.)

[2] Unglücklicher- oder glücklicherweise ist es ganz *unmöglich*, die Wahrheit in eine Formel zu bringen! Ein klarer Beleg hierzu mag sein, daß die von uns selbst im §. 1 aufgestellte Formel — wenn man sie nur wörtlich als solche und nicht nach ihrem begrifflichen Sinn auffaßt — an den in dem gegenwärtigen Paragraph betrachteten Fällen bereits *falsch* geworden ist. Denn die hier betrachteten Gesetze sind sämmtlich solche, welche das Individuum allerdings durch Vermittelung einer frühern Willensaction desselben treffen — und es dennoch mit Recht und ohne Rückwirkung treffen! Die Formel ist also schon hier falsch geworden — und dennoch wird man uns jedenfalls das zugeben, daß alles bisher Gesagte mit *eiserner Consequenz* aus dem von uns im §. 1 aufgestellten Begriff entwickelt ist. Aber die Formel *als solche* kann und *muß* hier falsch werden, weil *außer* der frühern Willensaction, durch deren Vermittelung das neue Gesetz das Individuum trifft, hier auch noch eine *neue zweite* und erst *nach* dem Gesetz eintretende individuelle Willenshandlung da ist, ohne deren Vermittelung das Gesetz das Individuum *nicht* treffen würde und durch deren Begehung das Individuum sich den Folgen des neuen Gesetzes *mit Freiheit* unterwirft.

Ebenso wird die Formel am folgenden Paragraph zu Schanden, obgleich er wieder nur die strengste Consequenz des in ihr waltenden *Begriffs* ist. Soll eine wahrhafte Formel für die Rückwirkung gegeben werden, so kann es nur die *des Begriffs selbst* sein: die individuelle Willensfreiheit dürfe nicht verletzt werden. Aber was hierin enthalten ist und nicht, zeigt nur der Reichthum der gesammten Ausführung.

[3] Diese flagrante Rückwirkung beging der Cassationshof von Paris in seinen Urtheilen vom 18. Dec. 1822 u. vom 17. Juli 1824, und der A. H. von Bordeaux durch Urth. vom 19. Aug. 1829. Dagegen entschieden — und diesmal also

man ein contractlich erworbenes, stillschweigend ausbedungenes Recht, welches das Motiv und die vorausgesetzte Bedingung des Leibrentenvertrags gewesen war oder gewesen sein konnte, ohne daß seine Aufrechterhaltung von der Willensfreiheit des Betroffenen abhängig gewesen wäre.[1]

Es muß jetzt aus dem Vorigen von selbst ersichtlich sein, wie es sich in Bezug auf gewisse vom Gesetz zur Anfechtung der Gültigkeit gewisser Obligationen gewährte Gründe verhält. Gewiß entscheidet Weber[2]

---

mit Recht — Chabot, Quest. trans. v° Rentes viag., §. 1er, II, 284, und der A. H. von Bordeaux in seinen Urtheilen vom 10. Febr. 1807 und vom 15. Dec. 1812.

[1] Dieses falsche Resultat kann nicht wundernehmen, wenn man z. B. liest, wie Troplong an der oben (S. 158, Note 1) angeführten Stelle seine richtige Ansicht über den Art. 1912 begründet. Er sagt: „De quoi s'agit-il? d'une cause de résolution naissant de *faits* d'exécution *postérieurs* au contrat (daß die faits spätere sind, reicht durchaus noch nicht hin) et qualifiés par la loi nouvelle. Or l'exécution des contrats se règle par la loi vivante à l'époque où l'exécution est réclamée." Diese letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit ebenso wenig richtig, und mit solchen abstracten Begründungen muß man freilich dann nothwendigerweise zu den falschesten Resultaten kommen, wenn sie auch bei Gelegenheit von Gesetzartikeln gegeben werden, auf die sie wirklich passen, aber nur passen wegen anderer und gerade übersehener concreterer Bestimmungen, die dabei in Betracht kommen.

Mehr wundernehmen müßte dagegen jenes falsche Resultat, wenn man sieht, daß schon Merlin in Bezug auf diesen Punkt die Formel ganz richtig und concret hingestellt hat, sie aus den angeführten Entscheidungen über den Art. 1912 und seinen oben (S. 150) angeführten Worten mit sicherm logischen Takt ableitend. Er fragt sich (Rép. v° Effet retr., V, 582), ob ein Gesetz, welches neue Resolutionsgründe einführt, auf die frühern Verträge einwirken könne? und er antwortet: „*Non*, si ces causes dérivent de faits antérieurs à la loi nouvelle, *ou si*, lorsqu'ils sont *postérieurs*, *ils ne dépendent pas de la volonté de la partie contre laquelle* on voudrait provoquer la résolution. *Oui*, si elles dérivent de faits *à la fois* postérieurs à la nouvelle loi *et dépendans uniquement* de la volonté de cette partie." Man müßte wahrhaft erstaunt sein, wie hier die ganz richtige Ansicht entwickelt sein konnte, ohne dennoch in 30 Jahren auf deutsche und selbst auf französische Autoren und Gerichtshöfe den geringsten Einfluß zu üben und sie von jenen falschen Resultaten abzuhalten, wenn der Grund hiervon nicht eben darin läge, daß diese richtige Unterscheidung, welche Merlin über die „effets des contrats aufstellt", dennoch bei ihm, nur durch einen logischen Instinct hervorgetrieben, in keinem systematischen Zusammenhang mit seiner sonstigen Ansicht von der Rückwirkung steht, die vielmehr mit den bisher üblichen Theorien übereinstimmt, sodaß, indem er die Rückwirkung nicht in ihrem Begriff, als Verletzung der individuellen Willensfreiheit, aufzufassen weiß, jene Unterscheidung in dieser Isolirung ihre wahrhafte Begründung und Beweiskraft gänzlich verliert.

[2] A. a. O., S. 107.

mit Unrecht, daß bei dem Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder nicht das Gesetz zur Zeit der Schenkung, sondern das Gesetz zur Zeit der Widerrufsklage maßgebend sei, weil die Schenkung an und für sich gültig sei und erst durch eine besondere Klage entkräftet werde. Gewiß entscheidet Meyer[1] ebenso mit Unrecht, daß es in diesen Fällen nicht auf das Gesetz zur Zeit der Schenkung, sondern auf das Gesetz zur Zeit des spätern Ereignisses, resp. der Widerrufsklage ankomme, weil die Parteien bei der Schenkung an diese Ereignisse, die nur „accidentelle Folgen" seien, nicht hätten denken können.

Gewiß hat Savigny[2] diese Behauptungen hinreichend widerlegt und die Halt- und Principlosigkeit derselben genügend nachgewiesen, die denn auch allgemein anerkannt ist.[3]

Aber gewiß ist es nicht minder falsch, wenn nun Savigny selbst hierüber also spricht[4]: „Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder. Es entscheidet die Zeit der Schenkung, nicht die Zeit des spätern Ereignisses, noch weniger die Zeit der auf Widerruf angestellten Klage." Es ist dies ebenso falsch, sagen wir, ja es kann auf diesem Formelnwege gar nicht zur Wahrheit durchgebrochen werden. Der Weg zu dieser ist vielmehr grundsätzlich dadurch versperrt. Es muß vielmehr eine zweifache Unterscheidung gemacht werden. Widerruf wegen Undankbarkeit und Widerruf wegen nachgeborener Kinder sind nicht von derselben Natur. Der eine findet statt wegen einer auf seiten des Beschenkten vorgenommenen freien Willenshandlung, der andere wegen eines nur seitens des Schenkers eingetretenen Ereignisses. Nur in einem bestimmten Fall wirken beide Gründe, wie wir sehen werden, in derselben Weise ein, und dies hat verführt, sie überhaupt als unterschiedslose zu betrachten. Der zweite, noch wichtigere Unterschied, der gemacht werden muß, ist der: sind die Widerrufsgründe durch das Gesetz zur Zeit der Schenkung gegeben und werden sie durch das neue aufgehoben? oder fanden sie umgekehrt zur Zeit der Schenkung nicht statt und sind erst durch das neue Gesetz eingeführt? Es ist im hohen Grade verwunderlich, daß die Juristen stets und fast ohne Ausnahme beide Arten von Gesetzwechsel für identisch wirkend betrachten, nicht nur in diesen, sondern ebenso in allen ähnlichen Fällen.[5] Nichts hat verderblicher gewirkt und mehr zum Irrthum gezwungen als diese unselige Formeln-

[1] A. a. O., S. 175, 177, 188 fg.
[2] System, VIII, 438 fg.
[3] Vgl. Bornemann, a. a. O., S. 25 fg.
[4] A. a. O., S. 442.
[5] Vgl. z. B. über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises oben S. 123 fg.

methode, da nur in zu häufigen Fällen der constitutive Unterschied gerade darin liegen wird, ob es das alte Gesetz ist, welches die Befugniß übertrug, die von dem neuen aufgehoben werden soll, oder ob sie umgekehrt erst durch das neue Gesetz eingeführt wird.

Betrachten wir also die Zulässigkeit jener Widerrufsklagen nach den angegebenen Unterscheidungen. Sind die Widerrufsgründe durch das Gesetz zur Zeit der Schenkung gegeben, so wirken sie als stillschweigender *Vorbehalt* des Schenkenden, und hier ist es dann deshalb gleichgültig, ob der Widerruf sich auf Undankbarkeit oder auf nachgeborene Kinder gründet. In beiden Fällen hat sich der Schenkende durch die als stillschweigende Bedingung in den Contract übergehende gesetzliche Bestimmung contractlich den Widerruf vorbehalten und der Beschenkte sich dem unterworfen. Der Schenker hat nur mit Hinblick auf diese Widerruflichkeit, falls ihm Kinder entstünden oder Undankbarkeit zugefügt würde, geschenkt. Er *kann* wenigstens nur mit Hinsicht auf diese Garantie die Schenkung gethätigt haben, die er sonst vielleicht ganz unterlassen oder anders eingerichtet haben würde. Wie wäre es also möglich, ohne Denaturirung seiner Handlung, und also ohne eine seinem Willen Gewalt anthuende Rückwirkung ihm diese contractlichen Vorbehalte zu rauben, blos weil ein neues Gesetz sie nicht mehr als schon ohne besondere Verabredung gültige, selbstredende Vorbehalte anerkennt?

Anders wenn das Gesetz zur Zeit der Schenkung die Widerrufsgründe nicht kannte und sie ein neues Gesetz einführt. *Hier* ist zu unterscheiden, ob sich der Widerruf auf nachgeborene Kinder oder auf Undankbarkeit gründet. Im erstern Falle kann das neue Gesetz durchaus nicht einwirken. Es wurde dem Beschenkten eine *unwiderrufliche* Schenkung gemacht, und er hat sie als solche *acceptirt*. Wäre sie widerruflich gewesen, so würde er sie vielleicht gar nicht angenommen und sich so z. B. der Chance ausgesetzt haben, nach Empfang eines Vermögenszuwachses, der ihn zu einer Aenderung seiner Lebensweise oder einem Aufgeben oder Vertauschen seines Geschäftsbetriebes veranlassen konnte, dies Vermögen später eventuell zurückgeben zu müssen und dann hierdurch schlimmer zu stehen als vor dem Empfang desselben. Hier also wendet sich der Bruch seines Willens und die Rückwirkung gegen den Beschenkten.

Aber nicht so verhält es sich, wenn der Widerruf sich auf Undankbarkeit gründet (natürlich insofern die Handlungen der Undankbarkeit nicht schon dem neuen Gesetze vorausgegangene sind). Wenn der Beschenkte die Erzeugung von Kindern seitens des Schenkers nicht verhindern kann, so hängt es dagegen nur von seinem Willen ab, von jetzt ab keine Handlungen der Undankbarkeit zu begehen. Begeht er sie dennoch, so hat er sich mit *freiem Willen* den ihm bekannten Folgen unterworfen, die

das jetzt geltende Gesetz daran knüpft, hat selbst auf die Unwiderruflichkeit der Schenkung verzichtet. Da es nur bei ihm stand, dieselbe aufrecht zu erhalten — wie kann er sich über auf seinen Willen ausgeübte Gewalt und also über Rückwirkung beklagen? Was soll ihm das neue Gesetz entrissen haben? Die Schenkung noch nicht — sondern nur ein Recht auf Undankbarkeit. Ein solches gibt es aber überhaupt nicht, und am allerwenigsten ein erworbenes. Wenn man sehr weit gehen will, so würde man nur sagen können, es ist ihm eine gesetzliche Befugniß entrissen, gewisse Handlungen zu begehen. Aber solche abstracte gesetzliche Befugnisse sollen ja eben, wie allgemein anerkannte Lehre und auch diejenige Savigny's ist, durch neue Gesetze sofort geändert werden.

§. 7. Absolute Gesetze. Begriffliche Einwirkung auf erworbene Rechte. Aufhebung ohne und mit Entschädigung. Auflösung des Entschädigungsscheines. Das begriffliche Princip des Unterschiedes. Beispiele. Französische und preußische Gesetze. Die Grundsteuerfreiheit. Die beiden Klassen von absoluten Gesetzen und ihr begrifflicher Unterschied. Wuchergesetz; lex commissoria. Die Pandektentheorie.

Das Individuum kann durch seine Handlungen, durch einseitigen oder zweiseitigen Vertrag, sich oder andern Personen Rechte nur sichern, wenn und insoweit die bestehenden Gesetze dies erlauben.

Es kann selbst wundernehmen, in einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechts einen so elementaren und sich von selbst verstehenden Satz erst noch ausdrücklich erwähnt zu sehen.

Und dennoch ist es nur die Vernachlässigung dieses einfachen Elementarsatzes und seiner in ihm enthaltenen Consequenzen, welche die Quelle von unzähligen Schwierigkeiten gewesen ist, die man sich selbst bereitet hat, und von ebenso zahlreichen und großen Irrthümern, in die man bei der beabsichtigten Lösung jener Schwierigkeiten verfiel.

Denn in jenem hervorgehobenen Satze ist auch schon von selbst der Folgesatz enthalten: das Individuum kann sich und Andern nur insoweit und auf so lange Rechte sichern, insoweit und so lange die jederzeit bestehenden Gesetze diesen Rechtsinhalt als einen erlaubten ansehen.

Mit andern Worten: wir haben hier den Gedankengrund der zerstörenden und dennoch von jeder Rückwirkung freien Einwirkung prohibitiver oder zwingender Gesetze[1] auf frühere Verträge vor

[1] Savigny hat die sehr passende Benennung: absolute Gesetze, für sie

uns, und es ist gegenwärtig unsere Aufgabe, die Rechtmäßigkeit dieser Einwirkung, die begrifflichen Grenzen derselben und ihre Uebereinstimmung mit unserer Theorie der individuellen Willensfreiheit näher zu entwickeln.

Diese Rechtmäßigkeit und — was damit zusammenfällt — die Nichtverletzung des Begriffs der rechtlichen Willensfreiheit ist aber durch den Einen Satz erwiesen, dem seine Begründung sofort auf dem Fuße folgen soll, daß:

> jedem Vertrage von Anfang an die stillschweigende Clausel hinzuzudenken ist, es solle das in demselben für sich oder Andere stipulirte Recht nur auf so lange Zeit Geltung haben, solange die Gesetzgebung ein solches Recht überhaupt als zulässig betrachten wird.

Und diese Clausel ist um so mehr in jeden Vertrag als die eigene Willenserklärung der Parteien hineinzudenken, als ein entgegengesetzter Wille derselben ein von Haus aus unrechtlicher und ungültiger wäre.

Die Begründung ist einfach. Die alleinige Quelle des Rechts ist das gemeinsame Bewußtsein des ganzen Volkes; der allgemeine Geist. Seit Hegel ist dieser Satz theoretisch so festgestellt, daß er keines neuen Beweises bedarf. Seit Savigny[1] ist er den positiven Juristen so eingeimpft, daß auch von ihnen kein Widerspruch mehr zu befürchten ist. Savigny unterließ nur, die für unser Gebiet erforderliche erschöpfende Folgerung daraus zu ziehen. Diese streng logisch-nothwendige Folgerung ist die: daß es für das Individuum rechtlich unmöglich ist, die Gemeinschaft mit dieser alleinigen Substanz des Rechts aufzugeben, seinen Zusammenhang mit ihr zu zerreißen und sich gegen ihren Wandel festhalten zu wollen. Eine solche Absicht des Individuums würde, statt rechtlich in Betracht zu kommen, vielmehr (ähnlich wie wir dies von der Rückwirkung in §. 1 gesehen haben) das absolute Unrecht bilden, den Rechtsbegriff selbst aufzuheben. Denn dieser besteht eben nur in dieser Gemeinschaft, besteht nur darin, daß das, was jederzeit den absoluten Inhalt des allgemeinen Bewußtseins bildet, auch für alle Einzelnen da und vorhanden sei.

---

eingeführt, unter welchen alle solche Gesetze verstanden werden, über welche der Privatwille nicht paciscren kann, während alle Gesetze, welche ein Abweichen der Privatwillkür gestatten, von ihm als vermittelnde bezeichnet werden.

[1] Und gerade auch wieder bei unserer Materie erinnert er ausdrücklich an denselben (VIII, 533: „Das Recht hat seine Wurzel in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volks", und S. 536), ohne ihn aber zu seinen Consequenzen zu entwickeln.

Die Absicht, durch das Erwerben eines Rechts dasselbe gegen eine spätere dieses Recht ausschließende Gestalt des öffentlichen Rechtsbewußtseins zu befestigen und sich also gegen den Zusammenhang mit diesem und seine Fortwandlung in isolirter Selbstherrlichkeit festhalten zu wollen, würde somit den sich sofort logisch selbstzerstörenden Widerspruch in sich einschließen, in demselben Act die Gemeinschaft mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und die Trennung von demselben zu gleicher Zeit zu setzen. Denn das einzelne Recht, das eben erworben werden soll, hat zum letzten und wahren Titel seiner Gültigkeit wiederum nicht das bestimmte es gestattende Gesetz, welches selbst nur ein einzelner Ausfluß des Rechtsbewußtseins ist, sondern es hat zu seinem wirklichen Träger vielmehr nur den Quell dieses Ausflusses, jenes allgemeine Rechtsbewußtsein des Volkes selbst. Auch während seines Bestehens und Geltens besteht und gilt dies Recht als ein Recht nur auf Grund seiner conformen Gemeinschaft mit diesem Wesen alles Rechts. Ein Recht erwerben und es auch für die Zeit festhalten wollen, wo das allgemeine Bewußtsein dies Recht nicht mehr als zulässig und erlaubt anschauen wird, heißt also in einem Athem den Rechtstitel, auf Grund dessen man erwirbt, die Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Bewußtsein, setzen und aufheben, anrufen und ausschließen zu gleicher Zeit!

Durch Erwerbung eines Rechts kann sich daher das Individuum niemals der Einwirkung des allgemeinen Rechtsbewußtseins entziehen wollen. Sondern gerade eher nur durch Nichterwerbung wäre dies insoweit mindestens ohne logischen Widerspruch möglich, und nur ein solches Individuum würde diese Einwirkung wirklich von sich abhalten können, welches, wenn dies denkbar wäre, nun und niemals ein Recht weder erwerben noch ausüben und haben wollte. Denn Erwerben heißt seitens des Individuums selbst das öffentliche Bewußtsein als ein für den Handelnden gültiges und verbindliches bestellen, und die nichterworbenen Rechte sind, wie wir früher gesehen haben, überhaupt nur vom Gesetz verliehene und mit jedem, sogar nichtprohibitiven Ruck desselben wandelnde Fähigkeiten!

Das Individuum kann sich also von vornherein ein Recht in gültiger Weise nur auf so lange stipuliren, so lange die Gesetze dies Recht für ein erlaubtes betrachten werden.

Das Gesagte ändert sich auch durchaus nicht, wenn ein Gesetz in aeternum und ausdrücklich gegen jeden künftigen prohibitiven Gesetzgebungswandel ein bestimmtes Recht sich zu sichern den Individuen erlauben sollte. Ein solches Gesetz würde natürlich gar keine längere Zeitdauer beanspruchen können als jedes andere Gesetz, d. h. keine längere Dauer als eben die seines gesetzlichen Bestehens. Ein solches Ge-

setz, welches nur aus einer irrigen Auffassung der innern und ewigen Natur alles Rechts hervorgegangen wäre, würde natürlich mit der bessern Erkenntniß des Rechts als der stetigen Verwirklichung des jederzeitigen allgemeinen Vernunftgehaltes sofort von selbst verschwinden und wirkungslos werden müssen. Auch würde diesem Gesetze ebenso wenig durch eine es ergreifende Handlung des Individuums (§. 3) zu einer längern Dauer verholfen werden können als einem andern Gesetze, d. h. zu längerer Dauer als bis eben zu dem Moment, wo seine Geltung durch eine die Natur des Rechts besser erkennende Gesetzgebung prohibirt und ausgeschlossen ist.

Es läßt sich also vom Individuum kein Pflock in den Rechtsboden schlagen und sich mittels desselben für selbstherrlich für alle Zeiten und gegen alle künftigen zwingenden oder prohibitiven Gesetze[1] erklären. Denn nichts anderes als diese verlangte Selbstsouveränetät des Individuums liegt in der Forderung, daß ein erworbenes Recht auch für solche Zeiten fortdauern soll, wo prohibitive Gesetze seine Zulässigkeit ausschließen.

Ein zeitweilig bestehendes Gesetz stellt einen Rechtsinhalt als einen erlaubten hin. Das Individuum kann denselben erwerben, d. i. zu dem seinigen machen und fordern, daß dieser Rechtsinhalt für es bestehe, solange irgend die Gesetzgebung denselben als einen erlaubten und zu erwerbenden zuläßt. Aber was dem Einzelnen nicht zustehen kann, ist dies, das zeitweilig bestehende Gesetz zu dem für ewige Zeiten, trotz aller spätern ausschließenden Gesetze, für ihn bestehenden und ihn regierenden Gesetz zu proclamiren. Es heißt dies durch die Kraft der Logik gar nichts anderes, als: sich selbst zu seinem eigenen Gesetzgeber erklären, indem man durch eigene Machtvollkommenheit ein Gesetz über die Zeit seiner Dauer hinaus und in die Zeit der diesen Rechtsinhalt ausschließenden, prohibitiven Gesetze hinein als noch maßgebend und verbindlich continuiren will. Es braucht aber dieser Anspruch nur auf diese seine logische Natur zurückgeführt zu werden, um seine ganze Nichtigkeit, sein totales Verstoßen gegen den Rechtsbegriff selbst, und sein ebenso rechtswidriges als unsittliches Zerreißen des Zusammenhangs mit der alleinigen Substanz alles Rechts, dem allgemeinen Bewußtsein, bloßzulegen.

Es läßt sich also, sagen wir, ebenso wenig ein solcher Pflock in den Rechtsboden treiben, als sich ein Pflock in das Erdreich schlagen und ver-

---

[1] Wir bemerkten bereits (S. 163, Anm. 1), daß wir hierunter mit Savigny alle solche verstehen, welche kein Abweichen der Privatwillkür gestatten (vgl. oben S. 17 fg.).

langen läßt, daß dieser selbst dann noch an seiner Stelle bleibe, wenn sich das ganze Erdreich, in dem er haftet, in Bewegung setzt.

Dies ist der wahre Sinn des oft gehörten Ausspruchs: es gibt kein Recht gegen das Recht. Es heißt dies nichts anderes, als daß jedes einzelne Recht der Umwandlung der Rechtssubstanz selbst folgt, aus der es hervorgegangen und in der es haftet.

So einfach und leicht zu lösen sind die über das Eingreifen späterer Prohibitivgesetze der verschiedensten Art[1] so unaufhörlich erhobenen Schwierigkeiten, und so sehr diese Entwickelung nur auf den innersten Consequenzen des von unserer gesammten modernen Philosophie aufgestellten Rechtsbegriffs beruht[2], ebenso sehr ist sie vermöge ihrer logischen Natur, wie wir später sehen werden, in den Entscheidungen der alten römischen Juristen stets thätig gewesen und zur Anerkennung gekommen.

Von dem Gesagten aus ergibt sich nun bereits zunächst mit einem Blicke die ganze Hohlheit und tiefe Rechtswidrigkeit des sinnverwirrenden interessirten Geschreis, welches die Berechtigten jederzeit anheben, wenn der öffentliche Geist in seiner Fortentwickelung dazu gelangt ist, den Fortbestand eines frühern Rechts, z. B. Leibeigenschaft, Hörigkeit, Robbotten, Bann- und Zwanggerechtigkeiten, Dienste und Abgaben bestimmter Natur, Jagdrecht, Grundsteuerfreiheit, fideicommissarische Erbfolge u. s. w. von jetzt ab auszuschließen.

Von einer Rückwirkung, von irgendwelcher Kränkung erworbener Rechte, kann, wie wir gesehen haben, in allen diesen Fällen gar nicht die Rede sein.

Machen wir hier einen kurzen vorläufigen Ruhepunkt und überblicken wir schon hier das Verhältniß unserer Theorie, wie sie sich bisher in consequentester Folge vom strengsten Begriff der individuellen Willensfreiheit ausgehend entwickelt hat, zu der von dem philosophischen Verklärer einer untergehenden Welt, Herrn Stahl, aufgestellten Lehre, obgleich die letzte Begründung des im Anfang des gegenwärtigen Paragraphen Gesagten und seine innerste Einheit mit dem in §. 1 aufgestellten Begriffe, aus welchem wir alles Weitere abgeleitet haben, in noch tieferer

---

[1] Wir heben aber einstweilen hervor, daß, wie schon in unserer Ausdrucksweise deutlich genug liegt, wir hier immer nur von materiellen Prohibitivgesetzen reden, nicht also von solchen, die sich nur gegen die Form von Handlungen richten. Siehe im Verlauf dieses Paragraphen über die beiden Klassen von Prohibitivgesetzen.

[2] Siehe z. B. Fichte, „Gesammte Werke", VII, 560: „Nun kann aber der Mensch nichts versprechen, er kann sich in nichts binden, was gegen seine Bestimmung ist. — Gründlich: es gibt nach mir gar keine geltenden Verträge, als die durch das Recht geforderten."

Weise und noch strengerer Systematik sich erst im weitern Verlauf dieses Paragraphen sowie des §. 10 (vgl. auch §. 13) ergeben wird.

Der moderne Neuplatoniker Herr Stahl beginnt seine Lehre über die erworbenen Rechte (Philosophie des Rechts, dritte Auflage, Bd. 2, §§. 15—18, S. 336—343) damit, daß er dieselben definirt als solche, die „bestimmte Handlungen oder bestimmte Vorgänge und Lagen voraussetzen" (S. 336). Der Schutz der erworbenen Rechte wird dann darauf basirt, daß die Person „handelndes Subject" ist, und es „zum Wesen der Person gehört, für ihren Zustand wirksam und ihres Zustandes sicher zu sein", daß also „der Rechtszustand eines Menschen nicht blos Resultat seines Begriffs als Persönlichkeit, sondern zum Theil auch sein eigenes Werk, Resultat seines Handelns und beziehentlich des Handelns der andern Personen sein müsse", da, wenn dieser von der Person sich selbst constituirte Zustand nicht anerkannt würde, dem Menschen die „Selbstursächlichkeit" entzogen wäre; weshalb der Zustand, wie ihn der Mensch „der bestehenden Ordnung gemäß (legal) begründet oder durch Ereignisse gewonnen hat", ihm „unentziehbar als Erweiterung seiner selbst" bleiben müsse. Er würde sonst „nicht wahrhaft als Person behandelt werden, sondern lediglich als Begriff oder Object, welchem gewisse Wirkungen nothwendig zukommen". Insoweit hier in dieser Betonung, daß die Person handelndes Subject und darum Selbstursächlichkeit ihres Zustandes sein müsse, der Begriff der individuellen Willensfreiheit thätig ist, so ist derselbe gerade erst bei uns (§. 1) zu seiner wahrhaften Anerkennung und begrifflichen Entwickelung gelangt, indem gezeigt wurde, daß jede Vernichtung oder Verletzung einer individuellen Willensaction als Denaturirung des Wissens und Wollens des Subjects den Begriff des subjectiven Geistes, seine Freiheit und Zurechnungsfähigkeit aufheben, den Geist zur Sache machen würde; daß also auch die Idee der erworbenen Rechte nur im Begriff des Menschen beruht und letzterer daher, wenn er in erworbenen Rechten geschützt wird, gleichfalls nur „lediglich als — ein bestimmter Begriff, welchem gewisse Wirkungen nothwendig zukommen", behandelt wird. Herr Stahl bemüht sich also ebenso vergeblich wie grundlos, gegen die Behandlung des Menschen nach seinem Begriffe zu polemisiren und irgend anderswo in der Luft ein Princip zu finden, auf welches der „Schutz" der erworbenen Rechte zu gründen sei.[1]

[1] Herr Stahl urgirt dies nochmals in der Anmerkung, wo er sagt: „Dieser Irrthum — der Nichtanerkennung erworbener Rechte — hängt auf das engste mit dem rationalistischen Princip zusammen: Anerkennung nur dessen, was logisch folgt, Ausschließung alles dessen, was Persönlichkeit, Freiheit, That

Nur insofern ist diese Polemik gegen den Begriff *subjectiv* allerdings berechtigt, als bei Herrn Stahl von Anfang an in greulichster Begriffsverwirrung die entschiedensten Gegensätze friedlich beieinander schlummern! Wenn nämlich Herr Stahl schon in der zuerst angeführten Definition der erworbenen Rechte sie als solche bezeichnet, welche „bestimmte *Handlungen* oder bestimmte *Vorgänge* und *Lagen* voraussetzen", so wird von ihm gänzlich außer Acht gelassen, daß diese beiden Factoren, *Handlungen* einerseits und *Vorgänge* und *Lagen* andererseits, ja gerade in Bezug *auf den Punkt*, aus welchem der Schutz der erworbenen Rechte fließen soll, die *strictesten Gegentheile* sind. Denn wenn derselbe darauf basirt werden soll, daß die Person „Selbstursächlichkeit" ihres Zustandes, „handelndes Subject" sei, ihr Zustand „ihr *Werk* sein müsse", so kann dieses Moment ja schlechterdings nur für die *eigenen individuellen Handlungen des Individuums* angerufen werden, aber nicht für das, was ihm durch objective *Vorgänge* und *Lagen* entstanden ist, weil solche ja eben *nicht* in der *Selbstursächlichkeit des handelnden Subjects* ihren Grund haben und *diese* daher auch nicht durch die Entziehung eines durch sie nicht Entstandenen beeinträchtigt werden würde.

Wenn durch einen bloßen *Vorgang* oder eine *Lage* ein *erworbenes* Recht entstehen könnte, so müßten dann sogar auch *lediglich* durch die Handlungen *dritter Personen*, z. B. durch Schenkung vor der Acceptation oder durch erlittene Beschädigung — die ein bloßes *willenloses Leiden* darstellt — erworbene Rechte entstehen können, wie Herr Stahl auch ausdrücklich betont, es müsse der Rechtszustand des Menschen zum Theil auch sein „eigenes Werk, Resultat seines *Handelns* und beziehendlich *des Handelns der andern Personen* sein." Ja, es müßten dann ganz ebenso gut auch die blos durch das *Gesetz* verliehenen Rechte erworben sein. Denn auch unter einem bestimmten

---

zur Ursache hat", weshalb denn auch Hegel, wie seine Abhandlung über die würtembergischen Landstände, die englische Reformbill u. s. w. zeige, keinen Sinn für erworbene Rechte gehabt habe. Aber dieser Gegensatz, wie er hier aufgestellt wird, ist überhaupt *gar kein* Gegensatz! Was *wahrhaft* durch „*Persönlichkeit, Freiheit, That*" begründet wird, ist zugleich das, *was logisch folgt*, aus dem *logischen Begriff des subjectiven Geistes* folgt, wie wir dies gerade durch unsere gesammten, von dem Begriff der subjectiven Freiheit ausgehenden Ausführungen bereits bisher zur klarsten Evidenz gebracht haben und weiter bringen werden. Freilich hat bei Herrn Stahl dieses Ankämpfen gegen den Begriff seinen tiefern Grund; denn wo von dem *Begriff* und der *begrifflichen Freiheit* des Subjects ausgegangen wird, da ist dann freilich der Sprung in die *individuelle Willkür* der germanischen Feudalwelt und das Festhalten ihrer versteinten Ordnung gegen den *Fluß* des historischen Begriffs nicht mehr möglich.

Gesetze geboren sein, ist eine Lage, oder wenn ein Gesetz während meines Lebens erlassen wird, so ist dies ein Vorgang, durch den mir Rechte entstehen. Auch ist zwischen den Handlungen dritter Personen und denen des ganzen Volkes — dem Erlaß von Gesetzen — überhaupt dem Begriff nach für den hier in Rede stehenden Punkt gar kein Unterschied. Denn alle Individuen in ihrer Gesammtheit — das ganze Volk — sind für das einzelne Individuum gewiß um nichts mehr (sondern wegen der geistigen Gemeinsamkeit nur eher weniger) Andere gegen es, als die besondere andere Person.

Wenn daher eine Theorie wahrhaft, wie die gegenwärtige, von dem Begriff der individuellen Willensfreiheit ausgehen will, so muß sie vor allem die Handlungen dritter Personen und die Action der Gesetze, als gleich wenig der eigenen Willensaction des Individuums entflossen, dieser gegenüberstellen und als erworbenes Recht nur das bestimmen, was durch die eigene individuelle Willensaction erzeugt worden ist. Eine solche Theorie muß dann zeigen, wie wir dies in §. 2 A—E gethan haben, wie die aus dem Erbrecht, Quasicontract, negotiorum gestio, Klagverjährung und Usucapion entspringenden Rechte (vgl. §. 9 über den Besitz) nur scheinbar aus Handlungen dritter Personen oder Vorgängen und Ereignissen entstehen, nach ihrer begrifflichen Natur sich aber in Wahrheit als durch die eigene Willensaction des berechtigten Individuums erzeugt darstellen. Nicht einmal das Erbrecht würde uns haben als ein erworbenes Recht gelten können — was freilich dann mit gutem Grunde dem gesunden Rechtsgefühl als bester Beweis für die Unwahrheit der Theorie gegolten haben würde —, wenn es nicht bei der tiefern begrifflichen Betrachtung seinen sinnlichen Schein abgestreift und sich als die eigene Willensaction des Individuums ergeben hätte (s. §. 2, A und Bd. 2). Selbst die durch dolus, Irrthum und Zwang dem Individuum entstehenden Rechte mußten sich erst in solche, die durch die eigene innere Willensaction hervorgebracht sind, auflösen, damit es nicht scheinen könne, daß erworbene Rechte dem Individuum durch Handlungen dritter Personen oder selbst durch eigene Handlungen, die aber dennoch nicht Product seiner Willensfreiheit sind (ungewollte Handlungen), entstehen können (§. 2, B).

Wenn die Auflösung dieser Institute eine theoretische Nothwendigkeit war, um überhaupt von dem Begriff der individuellen Willensfreiheit als dem Gesetz der Materie sprechen zu können, so zeigt sich dann die praktische Wichtigkeit dieses Gegensatzes darin, daß nur durch seine schärfste Festhaltung die Verwirrung vermieden wird, die realiter blos durch Ereignisse oder Handlungen dritter Personen entstandenen Rechte (s. z. B. §. 5 das Einspruchsrecht; die Unterschiede beim Widerruf von Schenkungsacten in §. 6; die Obligationen aus den Delicten, s. sub III

Anwendungen Nr. III; die Unterschiede im Erbrecht) für erworbene zu nehmen. Ja, wie erst durch diesen Gegensatz klar wird, warum Ereignisse, Handlungen dritter Personen und Gesetz sämmtlich auf derselben Linie und der individuellen Willensaction gegenüberstehen, so wird auch hier erst klar, warum die nur durch das Gesetz verliehenen Rechte schlechterdings niemals erworbene sein können.

Indem Herr Stahl aber von Anfang an die Begründung von Rechten durch individuelle Handlungen und durch Vorgänge, Lagen, Ereignisse und das Handeln anderer Personen ganz unbefangen als identische statt als entgegengesetzte nimmt und gleichmäßig als erworbene behandelt, so entsteht zunächst als natürliche Folge, daß was zuerst von ihm als Grund für den Schutz der erworbenen Rechte ausgegeben wird — die Anerkennung der Person als handelndes Subject — auf das, was er sagt und behauptet, in keiner Weise paßt und nur die Rolle einer falschen Phrasenverbrämung spielt. Es liegt in dieser unbefangenen Behandlung stricter Gegensätze als identischer Begriffe, wenn sie unbewußt geschieht, ein für ein philosophisches Werk unerträglicher Mangel des einfachsten theoretischen Denkens, oder, wenn sie bewußt geschieht, eine widerwärtige Sophistik.

Aber wir zeigten bereits, daß die nothwendige Gedankenfolge dieser Gleichstellung von individuellen Handlungen und Vorgängen, Lagen und Handlungen Dritter diejenige sein müsse, auch die durch das Gesetz entstandenen Rechte — weil sie dem Individuum gegenüber mit jenen nur auf gleicher Linie stehen — zu erworbenen Rechten zu machen. Und in der That macht sich diese Consequenz sofort bei Herrn Stahl geltend, und das bei ihm Folgende läßt keinen Zweifel darüber, daß dies sein wahrer Sinn sei. So sagt er bereits auf der folgenden Seite, wie der Mensch „seinen Rechtszustand der bestehenden Ordnung gemäß begründet oder durch Ereignisse gewonnen hat, so muß er ihm unentziehbar bleiben als Erweiterung seiner selbst". Zu den „Ereignissen", durch welche ein Rechtszustand „gewonnen" wird, gehört doch aber auch unbedingt der Erlaß eines Gesetzes, das mich durch seine bloße Action mit einem bestimmten Rechtszustande befaßt, und so rückt die Consequenz näher und näher, daß auch die nur durch das Gesetz selbst übertragenen Rechte feste, keinem Gesetzwechsel mehr zugängige Versteinerungen sein sollen. Und in der That heißt es noch auf derselben Seite: die Nichtanerkennung erworbener Rechte entziehe dem Menschen die Selbstursächlichkeit und Sicherheit für seine Rechtssphäre „— sie gewährt ihm nur, was in jedem Augenblick die Uebrigen für sein Recht ansehen, nicht was nach einer unzweideutigen gegenständlichen Ordnung sein Recht ist". Während also oben der phraseologische Anschein genommen wurde, vom „handelnden Subject" auszugehen, sind wir hier bereits bei der

Heiligsprechung der bestehenden „gegenständlichen Ordnung" angelangt, die nun mit allen aus ihr fließenden Rechten das erworbene Recht der Person bilden soll!!

Und nun freilich kann es nicht mehr wundernehmen, wenn wir sofort auf der nächsten Seite hören (S. 338): „Auch politische Stellungen werden auf diesem Wege als Rechte erworben", wobei an die englische Pairie erinnert wird.

Da „politische Stellungen" immer nur allgemeine von dem Gesetz selbst übertragene Qualitäten sind — Stahl selbst bezeichnet hierbei die Pairie als die individuelle geschichtliche Gestaltung einer im Wesen des Staats begründeten organischen Stellung —, so tritt also hier auf das stärkste heraus, daß selbst die blos durch das Gesetz verliehenen Rechte, mit denen das Individuum nur von der Gesellschaft befaßt wird (s. §. 1), nach Herrn Stahl erworbene Rechte bilden, wobei sich nun freilich die Phrasen vom „handelnden Subject" in ihr strictes Gegentheil getrieben haben.

Da Herr Stahl nicht von dem wahrhaften Begriffe des subjectiven Geistes ausgeht, so kann er natürlich noch viel weniger zu der in dem gegenwärtigen Paragraphen entwickelten Folgerung von dem rechtmäßigen Einwirken prohibitiver Gesetze auf Rechte, die wirklich durch individuelle Willensaction erworben worden sind, gelangen, eine Folgerung, die sich, wie bereits im Eingange dieses Paragraphen gezeigt worden ist und im Verlauf desselben, sowie in den §§. 10 und 13 noch näher zum Vorschein kommen wird, schlechterdings nur aus dem philosophischen Begriffe des subjectiven Geistes und dem daraus herfließenden Verhältniß des freien individuellen Willens zu seiner eigenen Substanz, dem allgemeinen Geiste, ergibt.

Für Herrn Stahl ist also die berühmte Nacht vom 4. Aug. 1789, auf welche wir bald näher zu sprechen kommen werden, der „Zugführer" des europäischen Unrechts, die „Bartholomäusnacht des Eigenthums" (S. 341). Nach ihm müssen (S. 338), „auch wenn der Rechtszustand nicht vollkommen, ja nicht angemessen war, nach welchem diese zufälligen politischen Berechtigungen und Ungleichheiten entstehen konnten", die Berechtigungen, die „einmal rechtmäßig entstanden sind"[1], kraft des Rechts der Person (!!) geachtet und geschützt werden.

„Dies gilt" — fährt Herr Stahl fort — „namentlich auch von den sogenannten feudalen Rechten. Auf ihre Angemessenheit für die damalige oder die jetzige Zeit kommt nichts an. Darüber mag man streiten

[1] Was wiederum sehr genau auf alle blos legalen Berechtigungen paßt. Denn die „rechtmäßige Entstehung" derselben für den Einzelnen, dem sie durch das Gesetz attribuirt werden, läßt sich doch gewiß nicht in Abrede stellen.

und dürfte das Urtheil wol ja für die verschiedenen Rechte verschieden ausfallen. Ihre Rechtmäßigkeit für damals unterliegt keinem Zweifel und danach stehen sie allen andern erworbenen Rechten gleich. Keine Zeit ist berufen, Gericht zu halten über die Vergangenheit und die aus derselben stammenden Rechte je nach ihrem Urtheil über die Angemessenheit anzuerkennen oder zu vernichten." Daß keine Zeit berufen ist, Gericht zu halten über die Vergangenheit, ist sehr richtig, und sowol im Verlaufe dieses Paragraphen wie des §. 10 wird hiermit Ernst gemacht und nachgewiesen werden, welche begrifflichen und juristischen Unterschiede hieraus entspringen und wie die Vergangenheit immer von ihrem Rechte beherrscht bleiben muß. Aber die Folgerung, die Herr Stahl daraus ziehen will, folgt sicher nicht daraus. Denn gerade die Autonomie, die Herr Stahl hier jederzeit zuspricht, bringt nothwendig hervor, daß keine Zeit unter der Herrschaft der andern stehen und also auch nicht rechtlich verpflichtet sein kann, in ihr selbst noch fortwirken zu lassen, was ihrem Rechtsbewußtsein widerspricht, und von ihr also von jetzt ab als ein Dasein des Unrechts, statt des Rechts, angeschaut würde. Stände eine Gegenwart unter einem solchen Herrschaftsrecht der Vergangenheit, so wäre es ja eben nicht wahr, daß jede Zeit autonom sei, und könnte erst im Princip zugegeben werden, daß eine Zeit unter der rechtlichen Herrschaft einer andern stehen kann, so würde der Gedanke, das Verhältniß umzukehren und lieber die Vergangenheit unter die rechtliche Herrschaft der stärkern und entwickeltern Gegenwart zu setzen und rückwirkend widerrechtlich zu durchwühlen, also die nach dem heutigen Rechtsbewußtsein unzulässigen und widerrechtlichen Handlungen als auch schon für die Vergangenheit unzulässige und wirkungslose, als von Haus aus widerrechtliche, zu bestimmen, damit nur auf derselben begrifflichen und juristischen Linie stehen, sodaß also die „Communisten", gegen welche Herr Stahl S. 338 polemisirt, gar keinen Grund hätten, die Consequenzen seiner Lehre von sich zu weisen!

Herr Stahl muß also bei seiner Auffassung der erworbenen Rechte jeden einmal bestehenden Rechtszustand als erworbenes Recht hinstellen und heilig sprechen, und er thut dies auch, wie wir gesehen haben!

Aber nicht nur die ernste Hingabe an die moderne Philosophie hat ihre unvermeidlichen Folgen, sondern keiner kann auch nur buhlen mit ihr, ohne Schaden an seiner Seele zu nehmen. Und Herr Stahl hat viel zu viel mit ihr gebuhlt, um nicht diese Folge tragen zu müssen.

Statt also bei der Kanonisirung jedes einmal gewordenen Rechtszustandes stehen zu bleiben, statt sich zu der Haller'schen Theorie der isolirten Selbstherrlichkeit des Individuums (s. oben S. 166) zu bekennen, die jedes einmal entstandene Recht als unangreifbar für alle Ewigkeit

hinstellt und die in der That den wahren Gedanken des Stahl'schen Standpunktes bildet, verwirft Herr Stahl dieselbe ausdrücklich (S. 343), indem er sie für „eine äußerste und factisch gar nicht ausführbare Uebertreibung" erklärt, und stellt statt derselben in §. 16 (S. 339) nun folgende Einschränkung auf: „Eine Grenze jedoch hat die Geltung der erworbenen Rechte gleich aller menschlichen Freiheit und That in dem, was die Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung, oder die naturgemäße Fortbildung derselben mit unabweisbarer Nothwendigkeit fordert oder ausschließt."

Plötzlich also, trotzdem wir eben hörten, daß es für die Fortgeltung früher entstandener Rechte durchaus nicht auf die Angemessenheit derselben für das Rechtsbewußtsein der Gegenwart ankomme, soll doch wieder eine Grenze für diese Fortgeltung existiren, und es wird, wie es scheint, das feste Princip einer solchen Grenze angegeben. Sehen wir, in welche unendliche theoretische Verwirrung und in welche vollständigste Verschwommenheit und Haltlosigkeit sich diese scheinbar feste Grenze auflöst.

Zunächst muß im rein philosophischen Interesse gegen die Verwirrung Verwahrung eingelegt werden, als ob die „menschliche Freiheit" eine Grenze habe, und als ob aus dieser Grenze der Freiheit die Grenze für die Geltung erworbener Rechte hervorfließe. Der Freiheitsbegriff hat keine Grenze, da alles, was aus ihm folgt, gilt, und, was misverständlich als seine Grenze erscheinen könnte, vielmehr nur sein eigenes positives Setzen und Bestimmen ist. Es kann auch für den Freiheitsbegriff um so weniger eine Grenze aus der Idee des Gemeinzustandes hervorfließen, als er mit dieser vielmehr identisch und der Gemeinzustand nur die Realisirung des Freiheitsbegriffs ist. Nicht also die Freiheit, sondern, was scharf zu unterscheiden ist, die individuelle Willkür hat ihre Grenze, eine Grenze, die gerade durch das positive und substantielle Wesen der menschlichen Freiheit an ihr gesetzt wird, und aus diesem positiven Wesen der Freiheit, nicht aus ihrer Grenze, fließt die Grenze der unbeschränkten Dauer erworbener Rechte hervor. Wir werden nämlich noch im Verlauf dieses Paragraphen sehen, worauf hier nur hinverwiesen werden kann, daß, wenn absolute, verbietende Gesetze erlassen werden, diese immer nur darauf beruhen, daß ein früher als veräußerlich gedachter Theil der menschlichen Freiheit (Privatwillkür auch von den Juristen genannt) jetzt als unveräußerliche Freiheit des Menschen angesehen wird, weshalb er nun durch keine Transaction mehr in das Eigenthum eines Dritten gebracht werden oder darin verbleiben kann. Die hierdurch bewirkte Aufhebung der von mir erworbenen Rechte an solchen unveräußerlichen Freiheitsbefugnissen eines andern Individuums beruht also auf einer positiven Vermehrung und Erweiterung des menschlichen Frei-

heitsbegriffs, und begrenzt nur zu Gunsten desselben die Befugniß der Privatwillkür, das noch länger als ein Veräußerliches zu behandeln, was sich jetzt durch eine höhere Entwickelung des Rechtsbewußtseins nicht mehr als in die Sphäre der Privatwillkür und ihres Schaltens fallend, sondern als ein unveräußerlicher Ausfluß des menschlichen Freiheitsbegriffs gezeigt hat.

Allein um von den höhern Anforderungen der Theorie abzusehen, muß jener angeblichen Grenzbestimmung des Herrn Stahl ein Einwurf gemacht werden, der in philosophischer, wie juristischer, wie praktischer Hinsicht gleichmäßig ein capitaler ist. Die Grenze für die Geltung erworbener Rechte soll nach Herrn Stahl liegen „in dem, was die Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung oder die naturgemäße Fortbildung derselben mit unabweisbarer Nothwendigkeit fordert oder ausschließt".

Allein hiermit ist ja die Frage nach der Grenze auch nicht im geringsten beantwortet, denn nun entsteht ja die ganze Frage wieder in der Gestalt: Wo liegt unabweisbare Nothwendigkeit für den Gemeinzustand vor? Was ist nothwendig? Jeder Mensch und jede Partei, die bisher die Aufhebung erworbener Rechte forderte, hat noch immer behauptet, daß dies nothwendig sei. Solange uns Herr Stahl also nicht einen wissenschaftlichen Maßstab liefert, um zu beurtheilen, was nothwendig sei, hat er uns überhaupt gar nichts gesagt, sondern die Frage mit der Frage beantwortet. Denn es bleibt nun für jedes zu erlassende Gesetz die Verlegenheit, Herrn Stahl erst als seinen königlichen Rathgeber herbeirufen zu müssen. Und da dies nicht immer ausführbar sein wird, so wird nichts übrigbleiben als die Nothwendigkeit, im Sinne des praktischen Bedürfnisses und nach der subjectiven Ansicht der Urtheilenden zu entscheiden. Die Rechtsphilosophie fällt also plötzlich von ihrem hohen wissenschaftlichen Kothurn in die vulgärste Kategorie des gewöhnlichen Bedürfnisses und seines schwankenden praktischen Dafürhaltens herunter.

Man misverstehe uns nicht. Wir verlangen natürlich nicht von Herrn Stahl, daß er inhaltlich angebe, was alles in jeder künftigen Zeit nothwendig sein wird. Dies wäre weder möglich, noch seine Aufgabe. Aber das verlangen wir ganz positiv von ihm, daß er das formelle Kriterium der Beurtheilung angebe, wo und wo nicht Nothwendigkeit vorliege.

Wer dieses Gesetz nicht zu entwickeln vermag, hat eben nur tautologisch gesprochen und muß keine Rechtsphilosophie schreiben. Denn diese hat eben wissenschaftlich darzulegen, wo und wann Aufhebung bestehender Rechte nothwendig ist, und zwar hat sie ferner diese Nothwendigkeit und das allgemeine begriffliche Kriterium derselben aus der

Rechtsidee selbst abzuleiten. Und erst hierdurch wird die bis dahin blos thatsächliche und dem Rechte entgegenstehende Nothwendigkeit zu einer Rechtskategorie erhoben.

Wir selbst haben bisher in diesem Paragraphen bereits entwickelt, wie vermöge der rechtlichen Natur des individuellen Willens die Aufhebung des bestehenden Rechts beim Erlaß prohibitiver Gesetze nicht als eine entgegenstehende factische Nothwendigkeit das Recht bricht, sondern als eine geistige und vorherbestimmte Nothwendigkeit in Recht und Willen hineingeschrieben ist. Gleichwol aber heben wir selbst hervor, daß auch wir bisher noch nicht das begriffliche Gesetz entwickelt haben, nach welchem Kriterium zu jeder Zeit die Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit des Erlasses solcher Gesetze zu erkennen und zu beurtheilen sei. Aber noch der gegenwärtige Paragraph wird diese Entwickelung enthalten, und zwar wird sie sich von selbst vollbringen durch die tiefere Betrachtung der prohibitiven Gesetze und des in ihnen stattfindenden Unterschiedes.

Herr Stahl aber, dessen Lehre sich jetzt, von den Phrasen entblößt, ihrer Substanz nach getreu in die Worte zusammenfassen läßt: es ist nothwendig, daß erworbene Rechte bestehen, wenn es nicht nothwendig[1] ist, sie für das Gesammtwohl aufzuheben — ein Satz, wie ihn das gewöhnlichste praktische juristische Handbuch Scheu tragen würde niederzuschreiben —, hat in dieser leeren Tautologie auf jede wissenschaftliche Bestimmung seines Gegenstandes verzichtet. Auch ändert sich dies gar nicht dadurch, daß auf das Gesammtwohl — „die Idee des Gemeinzustandes" — Bezug genommen wird. Denn es ist überhaupt noch niemandem eingefallen, anders als im Namen des Gesammtwohls die Auf-

[1] Nothwendig ist, was nicht anders sein kann. Indem Herr Stahl also sagt: „Die erworbenen Rechte können für das Gesammtwohl nur dann aufgehoben werden, wenn dies «unabweislich nothwendig» ist", bricht er in den geistvollen Satz aus: „sie können aufgehoben werden, wenn sie nicht anders können als aufgehoben werden" — womit freilich die Untersuchung ganz eminent gefördert ist! Und ferner auch abgesehen von dieser tautologischen Leerheit, und wenn auch inhaltlich ganz bestimmt angegeben wäre, was alles heute und jemals nothwendig sein wird, sagen wir: Nothwendigkeit ist an und für sich keine Rechtskategorie, sondern wie Wirkung und Ursache u. s. w. eine logische Kategorie, resp. Bezeichnung eines bestimmten Zusammenhangs thatsächlicher Verhältnisse. Die Frage ist also weiter die: wie und wo geht ein bestimmter Zusammenhang thatsächlicher Verhältnisse (resp. eine Kategorie des reinen logischen Gedankens) dazu über, in dem Begriff der subjectiven Geistes- und Willensfreiheit, ohne diesen zu verletzen und vielmehr als aus ihm selbst herfließend, eine Rolle zu spielen? Erst hiermit wird die Nothwendigkeit zur Rechtskategorie, d. h. zur rechtlichen Nothwendigkeit. Der Tod ist auch eine Nothwendigkeit, aber keine des Rechtssystems.

hebung bestehender Rechte zu fordern, und die Frage ist ja eben die, wo und wann im Namen des Gesammtwohls eine solche Aufhebung rechtmäßig gefordert werden könne, eine Rechtmäßigkeit, die Herr Stahl lediglich von ihrer Nothwendigkeit abhängen läßt, ohne diese letztere bisher irgendwie zu bestimmen. Selbstredend ist dadurch wieder, so wenig dies in der Absicht des Herrn Stahl gelegen sein möchte, durch die natürliche Unfähigkeit so unbestimmter Vorstellungen eine Grenze anzugeben, jeder noch so jakobinischen Ausschweifung Thür und Thor geöffnet, denn was könnte nicht alles für eine „unabweisbare Nothwendigkeit" für die „Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung oder die naturgemäße Fortbildung derselben" ausgegeben werden?!

Herr Stahl fühlt aber selbst, daß er gar nichts gesagt hat, solange er nicht bestimmt hat, wo Nothwendigkeit vorliege und wo nicht, und er entschließt sich also später, letztere näher zu definiren. Er wirft nämlich (S. 341) der „neuern Bildung" vor, daß sie von der „unleugbaren Zulässigkeit", die Aufhebung von erworbenen Rechten „durch das Gemeinwohl (salus publica, salut public)" zu rechtfertigen, eine falsche Anwendung mache. Denn unter der salus publica, sagt Herr Stahl, verstehe jene Bildung nicht „die öffentliche Nothwendigkeit, d. h. das unabweisbare Erforderniß für gesunden gedeihlichen Fortbestand und organische Entwickelung, sondern den bloßen Nutzen *(lucrum)*".

Endlich haben wir eine Definition! Darin also soll für Herrn Stahl das unterscheidende Kriterium der Nothwendigkeit liegen, daß sie für jenen Fortbestand, für die Erhaltung, nicht für das *lucrum* erforderlich sei. Durch diese Unterscheidung von lucrum — welches Wort Herr Stahl selbst in Parenthese beifügt — und Fortbestand, wird also hier eine Anwendung von dem Unterschiede gemacht, der bekanntlich bei den privatrechtlichen Ansprüchen der Personen untereinander zwischen lucrum und Vermeidung von damnum stattfindet. Allein zunächst, in welchem Sinne spricht Herr Stahl von einer „öffentlichen Nothwendigkeit"? Meint er eine Nothwendigkeit für das geistige Rechtsbewußtsein der Gesellschaft? Im Rechtsbewußtsein, als einer geistigen untheilbaren Potenz, kann es den quantitativen Unterschied von lucrum und vermiedenem damnum gar nicht geben. Wenn das Rechtsbewußtsein des Geistes sich verwirklicht, wenn ihm das Bestehende entspricht, so ist dies für es lucrum, und wenn das Bestehende dem Rechtsbewußtsein widerspricht, dieses also negirt, so ist dies für es damnum und der Gefrierpunkt zwischen beiden nicht zu finden.

Aber Herr Stahl spricht auch gar nicht, wenn man dies auch in einer Rechtsphilosophie erwarten sollte, von einer geistigen Nothwendigkeit für das öffentliche Rechtsbewußtsein, und kann dies auch gar nicht, da wir schon früher von ihm gehört haben, daß es auf die „An-

gemessenheit" eines frühern Rechtszustandes für das zeitige Rechtsbewußtsein gar nicht ankommen könne. Er spricht vielmehr, wie seine Erläuterung dieser Nothwendigkeit, als eines Erfordernisses „für gesunden gedeihlichen Fortbestand", und auch das darauf weiter Folgende zeigt, von den Erfordernissen des materiellen, ökonomischen „Wohlbestandes". Allein wenn freilich bei den Privatansprüchen der Einzelnen nichts bestimmter sich unterscheidet, als die Erhaltung eines bestehenden Vermögensstandes oder die Vermeidung von Schaden von der Erzielung von lucrum, weil jedes Privatvermögen und jedes durch eine bestimmte Operation, wie z. B. negotiorum gestio, für dasselbe entstandene Resultat bestimmt festgestellt werden kann, so ist doch nichts unmöglicher, als diese Unterscheidung zwischen Erhaltung und Vermehrung oder ein lucrum auf nationale Verhältnisse anzuwenden. Denn schon die Grenze zwischen beiden ist hier schlechthin unbestimmbar, und weder der materielle noch der geistige Besitzstand einer Nation und noch weniger das Resultat einer bestimmten Maßregel läßt sich in der Weise constatiren, daß anzugeben wäre, ob eine nützliche Maßregel, wenn sie unterlassen worden wäre, nicht sogar Schaden zur Folge gehabt hätte, und ob eine Maßregel, die für die Erhaltung des nationalen Wohlbestandes angerufen wird, nicht vielmehr blos lucrum zur Wirkung hat und der nationale Besitzstand auf seinem gegenwärtigen Niveau auch ohne sie geblieben wäre. Was also für eine Nation nothwendig sei, blos um zu erhalten, ohne zu bereichern, und was blos lucros nothwendig sei, ohne daß seine Unterlassung eine Verminderung des Bestandes zur Folge haben würde, läßt sich gar nicht abgrenzen. Aber die Grenze läßt sich nicht nur nicht praktisch bestimmen, sie existirt auch gar nicht! Und sie kann nicht existiren, weil zum Begriffe eines Volkes, zum Unterschiede vom Privatindividuum, die Entwickelung gehört, also die Vermehrung oder das *lucrum*, wenn schon einmal diese Kategorie hier analogisch angewendet werden soll.

Ein Volk, das sich nicht entwickelt, also nicht lucrirt, geistig wie materiell, bleibt nicht stehen auf seinem gegenwärtigen Bestande, sondern schreitet zurück, wie heutzutage schon jedes Kind weiß. Für ein Volk ist also lucriren schon erforderlich, damit nur gesunder Fortbestand da sei. Und im Grunde weiß das Herr Stahl auch und verlangt ebendeshalb nicht nur „gesunden", sondern auch „gedeihlichen Fortbestand" und „organische Entwickelung" und (S. 339) „naturgemäße Fortbildung", und indem alle diese Ausdrücke: Entwickelung, Fortbildung, Gedeihen, mit dem Begriff des Lucrirens in der materiellen Sphäre identisch sind, verlangt er, indem er einen „gedeihlichen Fortbestand" verlangt, selbst einen lucrosen Fortbestand, und erklärt also alle solche Aufhebungen bestehender Rechte für eine „öffentliche Nothwendig-

keit", welche zur Erzielung eines lucrosen Fortbestandes des Volkswohls erforderlich sind. D. h. es ist eben nur ein ganz sinnloses und sich mit jedem Wort aufhebendes leeres Gerede, das, wenn man Ernst mit ihm machte, vielmehr gerade nur zu dem durchaus unzulässigen und rechtswidrigen Resultate führen würde, um des bloßen Nutzens willen erworbene Rechte aufheben zu dürfen.

Herr Stahl entwickelt nun aus dieser seiner angeblichen Grenze (S. 339) drei Folgerungen. Erstens, daß die Sklavenhändler sich vergeblich auf ihr jus quaesitum berufen, weil erworbene Rechte nicht als unantastbar gelten können, soweit sie das Recht der Persönlichkeit Anderer aufheben — wobei man freilich nicht erfährt, warum das z. B. nicht ebenso auch von den feudalen Rechten gelten soll, die gleichfalls in so vielen Abstufungen das Recht der Persönlichkeit Anderer aufhoben. Nach dieser abgezwungenen Concession athmet Herr Stahl wieder frei auf und ponirt als zweite Folge: „2) In der ausgebildeten Staatsverfassung, in welcher jedem Gliede seine organische Stelle für das Ganze angewiesen ist, kann für die Zukunft im Wesentlichen kein Erwerb neuer politischer Rechte, keine Ungleichheit durch blos zufällige Handlungen der einzelnen Betheiligten platzgreifen." Herr Stahl druckt die Worte „für die Zukunft" breit, um zu betonen, daß dies wieder ohne Einfluß auf die schon bestehenden Rechte dieser Art bleiben müsse, legt aber gerade dadurch nur die höchste theoretische Gedankenlosigkeit an den Tag. Denn es wird sich später zeigen, daß der Rechtsidee zufolge niemals ein Rechtsinhalt für die Zukunft von der individuellen Erwerbung ausgeschlossen werden kann, solange derselbe in den Fällen früherer Entstehung noch als gültiger anerkannt wird, resp. daß ein solches Gesetz nur ein unlogisches und widerrechtliches, die individuelle Willensfreiheit verletzendes Verbieten darstellen würde. Es kann hierüber, wie gesagt, nur auf das später Folgende verwiesen werden. Einstweilen mag nur bemerkt werden, daß schon der Jurist Savigny dem angeblichen Rechtsphilosophen hier sieben mal theoretisch überlegen ist. Denn in Savigny's Formel, daß Gesetze über das Dasein der Rechte auf die frühern Erwerbungen rückwirken müssen, liegt bereits, daß ein Rechtsinhalt, der in der Zukunft nicht mehr entstehen kann, auch aus der Vergangenheit her nicht mehr fortbestehen dürfe, und daß ersteres gerade das Kriterium für die Entscheidung über das letztere ist. Wenn aber Herr Stahl wiederholt bei seinen Ausführungen seine Bewunderung vor der „römischen Ehrfurcht" vor den erworbenen Rechten ausspricht, so mag ihm die beruhigende Versicherung ertheilt werden, daß in diesem ganzen Paragraphen nichts gesagt ist, was nicht am Schluß desselben in der strengsten Weise als römische Pandektentheorie nachgewiesen werden wird.

Drittens concludirt Herr Stahl: In der „großen weltgeschichtlichen Fortbildung des ganzen öffentlichen Zustandes müssen die erworbenen Rechte einzelner Menschen oder Klassen zuletzt weichen". Aber sie haben „zu weichen als Recht und in Anerkennung desselben", d. h. „wo das überhaupt möglich, gegen Entschädigung". Dieser sehr vulgäre Irrthum wird ohnehin bald zur gründlichen Untersuchung gelangen, weshalb hier darauf hinzudeuten genügt. Herr Stahl schließt: „Auch ist die gewaltsame Abstoßung erworbener Rechte nach politischen Rücksichten nicht eine fortwährende und regelmäßige Function des Staatsorganismus, sondern blos das Werk besonderer Zeitepochen, und hat daher mehr eine weltgeschichtliche als eine juristische Rechtfertigung."

Es ist wieder jener unvermeidliche jakobinische Hauch, den jeder der modernen Philosophie Nahende auch wider Willen von ihr empfängt, der Herrn Stahl hier hinreißt, der „Weltgeschichte" die welthistorische Absolution für die „gewaltsame Abstoßung erworbener Rechte nach politischen Rücksichten" zu ertheilen. Freilich war diese welthistorische Absolution für Herrn Stahl um so bequemer, als er nun damit einer rechtswissenschaftlichen Theorie darüber überhoben war, eine Aufgabe, von der Herr Stahl selbst fühlen mochte, daß er sie in keiner Weise gelöst hat und vor der er sich daher mit dieser welthistorischen Verbeugung vorbeistiehlt. Allein damit ist ja gerade principiell auf die wissenschaftliche Aufgabe der Rechtsphilosophie verzichtet, und das alte leere Gerede von dem Gegensatz von Recht und Weltgeschichte bleibt nicht nur wieder in voller Blüte, sondern der Geschichte wird nun auch noch ein besonderes Recht zu gewaltthätigem Unrecht eingeräumt, wovon dann die von Herrn Stahl so hart angegriffenen „Communisten" und „Liberalen", sich gewiß gern mit der „welthistorischen Rechtfertigung" begnügend, Act ergreifen mögen. Wir unsererseits bedürfen eines solchen besondern welthistorischen Rechts, eines Rechts auf Unrecht, keineswegs. Wir statuiren auch der Geschichte ein Recht auf eine widerrechtliche Abstoßung erworbener Rechte nach „politischen Rücksichten" keineswegs, sind aber freilich dieser Verkleidung der Gedankenunfähigkeit, die rechtliche Bewegung der Geschichte theoretisch zu begreifen, auch nicht benöthigt. Wir halten es vielmehr gerade für die unbedingte Aufgabe der Rechtsphilosophie, die wissenschaftliche Theorie aus der reinen Rechtsidee selbst abzuleiten. Wir bedürfen hierbei auch keines Unterschiedes zwischen politischem Recht und Privatrecht, und können hierin keinen solchen statuiren, denn beide sollen doch eben Recht bleiben und die politische Entwickelung oder die Bewegung des öffentlichen Rechts ist eben gar nichts anderes als die Entwickelung der Rechtsidee selbst. Und in der That werden wir sehen, wie das, was in jenen „welthistorischen"

Epochen, wie die Französische Revolution und andere, in Bezug auf die Aufhebung erworbener Rechte wahrhaft vor sich ging, nur auf derselben „fortwährenden und regelmäßigen Function des Staatsorganismus", nur auf derselben beständig thätigen Entwickelung der Rechtsidee beruht, welche in stillerer, aber principiell ganz gleichstehender Weise in der ununterbrochenen Rechtsbildung des reinen Privatrechts, in Gesetzen über Wucher, Alimente, Zeugenbeweis u. s. w. u. s. w. und alle Materien jeder Art stets stattfindet.

Wir kehren jetzt zu unserer positiven Aufgabe zurück, bei der wir uns die Kurzweil dieses Excurses nur gegönnt haben, um gelegentlich einen Beweis zu liefern, durch welches inhalts- und gedankenlose, sich selbst vernichtende Gerede man sich heutzutage in dem Vaterlande Hegel's die Reputation eines *Denkers* erwirbt!

Wenden wir uns also zunächst zu einigen positiven Beispielen solcher Gesetze, zunächst zu solchen, die am engsten mit dem öffentlichen Recht zusammenhängen, die aber deshalb *um nichts mehr* und aus gar keinem andern Grunde auf bestehende Rechte einwirken dürfen, als aus dem für absolute Gesetze überhaupt entwickelten Sachverhältniß.

So waren also die Decrete der berühmten Nacht vom 4. August 1789, durch welche die französische constituirende Versammlung alle aus der Feudalherrschaft herfließenden Rechte aufhob, von jeder Rechtsverletzung und Rückwirkung frei. Denn wenn selbst erworben, waren diese Rechte *von Anfang an nur auf so lange* gültig erworben, *bis* eine andere und ausschließende Gestalt, zu der das öffentliche Bewußtsein in seinem Entwickelungsproceß herangereift sein würde, das *Dasein* derselben für rechtlich unmöglich anschauen, bis sie in ihnen ein *Dasein des Unrechts* statt eines Daseins der Rechtssubstanz erkennen würde.

Glücklicherweise kommt den Menschen, lange ehe eine Theorie sich zu der Gestalt sich selbst verstehender Klarheit vergeistigt, das Richtige unmittelbar zum Bewußtsein durch jene instinctive Operation des Begriffs, die wir nun schon zu so wiederholten malen in unserer Ausführung klar nachgewiesen zu haben hoffen.

So konnten diese Gesetze erlassen, so konnten sie *vertheidigt* werden, ehe eine wahrhafte Theorie da war, die sie rechtfertigte!

Aber die nur instinctive Thätigkeit des Begriffs hat zu ihren nothwendigen Folgen die nur stück- und stoßweise Form, in der er sich zum Bewußtsein bringt, die Inconsequenz, den eigenen Widerspruch, die Rückfälle, die Schwankungen, den Mangel an Beweiskraft und daher einerseits die Misgriffe, andererseits den unablässig von neuem auftauchenden *Widerstand*, mit welchem ihm auf jedem Schritte seiner praktischen Verwirklichung entgegengetreten wird, ein Widerstand, der erst machtlos werden kann, wenn eine wahrhafte, sich selbst durchsichtige Theorie die

Schwierigkeiten gelöst hat, an denen sich bis dahin der dunkle Drang des Richtigen gestoßen.

Es tritt dies recht deutlich an den Tag, wenn wir zunächst einen Blick werfen auf die Weise, in der Merlin die Decrete der Augustnacht vertheidigt.

„C'est ainsi", sagt er (Répert. de Jurisprud. v° Eff. rétroactif. Sect. 2, V, 534), „que l'assemblée constituante, toute ennemie qu'elle s'est montrée constamment de toute espèce de rétroactivité, n'a pas craint, dans la célèbre nuit du 4 août 1789, de détruire la servitude personnelle, la main-morte et la féodalité. Et certes une loi nouvelle *ne rétroagit pas réellement*, lorsqu'en faisant revivre une loi écrite dans *le code éternel et imprescriptible de la nature*, elle efface par sa toute-puissance, les actes qui, *pendant le sommeil de celle-ci*, ont porté atteinte aux droits les plus sacrés de l'homme."

Aber der „ewige und unverjährbare Code der Natur", der „Schlummer der Rechte", die hier den Gesetzen präexistent sind, und durch diese verletzt werden — alles dies sind Ausdrücke, denen zwar wiederum in dunkler Weise richtige Ahnungen zu Grunde liegen; aber diese in weitester Unbestimmtheit alles und nichts in sich schließenden Worte, zu denen sogar dieser sonst so scharfe juristische Denker greifen muß, um sein instinctives Gefühl des Richtigen zu vertheidigen, sind keine wissenschaftlichen juristischen Gründe und müssen, statt zu beweisen, Gefahr laufen, bloße Declamationen genannt zu werden, mit denen sich in der That, solange sie nicht zu präcisen begrifflichen Gesetzen herausgerungen werden, alles, auch das Unrechtmäßigste, rechtfertigen ließe.

Aber nicht nur die Beweiskraft für Andere mangelt diesem unbestimmten Gefühle, sondern Merlin selbst geht, gerade weil er zu weit geht, deshalb nothwendig nicht weit genug. Er fährt unmittelbar hinter jenen Worten fort:

„Quelquefois aussi des considérations politiques peuvent déterminer le législateur *à rétroagir* dans des matières de pur droit privé. C'est ainsi que, par la loi du 14 novembre 1792, la convention nationale a aboli les *substitutions fidéicommissaires*, qui avaient été créées précédemment et n'étaient pas encore ouvertes."

Von diesem Gesetze gibt also Merlin zu, daß es wirklich zurückgewirkt habe.

Und bald darauf (S. 538), auf eine Bestimmung dieses Gesetzes näher eingehend, sagt er:

„C'est même sur le principe consacré par ces arrêts que se sont fondés ceux qui, après le 18 brumaire an 8, ont provoqué par des petitions au tribunat et au gouvernement le rapport de l'art 2 de la loi du 14 novembre 1792 qui, pour abolir les substitutions antérieures non encore ouvertes, avait rendu sans effet les conditions encore pendantes sous lesquelles les substitués déjà nés ou conçus étaient appelés par des testamens dont les auteurs étaient alors décédés. — Et ce n'est pas en contestant ce principe, *ce n'est pas en niant la rétroactivité*, qu'on leur a répondu. On leur a seulement dit que la raison civile devait céder à la raison politique; que l'intérêt général de l'état, qui doit toujours prédominer dans l'esprit du législateur, devait faire taire tous les intérêts particuliers; et qu'au surplus la loi du 14 novembre 1792 n'avait fait, en rétroagissant sur les substitutions antérieures pour les abroger entièrement, que ce qu'avait fait précédemment l'ordonnance de Moulins de 1566, pour réduire à quatre degrés les substitutions perpétuelles, qui avaient été fondées avant l'ordonnance d'Orléans de 1560."

Es stünde schlimm um dieses Gesetz, wenn wirklich zuzugeben wäre, daß es ein rückwirkendes gewesen sei. Denn der Gesetzgeber kann, wie wir (§. 1) gesehen haben, aus politischen Gründen ganz ebenso wenig wie aus irgendwelchen andern ein rückwirkendes Gesetz erlassen, ohne damit die individuelle Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, und somit den Begriff des Rechts bis in seine Wurzel aufzuheben. Aber es kann, wie gezeigt, von Rückwirkung bei jenem Gesetze in der Hinsicht, wie Merlin dies meint[1] — nämlich weil das Gesetz den Fortbestand der fideicommissarischen Substitutionen abolirt —, auch gar nicht die Rede sein! Das Gesetz that nichts anderes, als daß es im Art. 1 alle Substitutionen für prohibirt erklärte, und freilich mußte nun in strenger Folgerichtigkeit hiervon auch das Fortwirken der frühern Substitutionsordnung von jetzt ab untersagt und hierdurch die Fideicommisse von jetzt ab in freies Eigenthum in der Hand ihrer gegenwärtigen gebundenen Eigenthümer verwandelt sein.

Und indem in das fideicommissarische Instrument von vornherein durch die nothwendige Natur alles Rechts die Bestimmung hineinzudenken ist, daß die angeordnete Substitution nur unter der Voraussetzung

---

[1] In welcher andern, von Merlin nicht gemeinten Hinsicht dasselbe aber wirklich rückwirkend war, und zwar gerade dadurch, daß es nicht weit genug ging, werden wir in den Anwendungen sub II, B. bei der Specialuntersuchung der Fideicommißmaterie nachweisen.

Dasein haben solle, daß die Gesetze sie erlauben und auf so lange, als sie sie erlauben, jede andere auch ausdrücklich entgegengesetzte Bestimmung aber dieselbe Ungültigkeit haben würde, wie eine gegen verbietende Gesetze angehende, so kann sowenig im Namen des verstorbenen Testators als des bereits concipirten oder geborenen Anwärters, der seinen Anwartschaftsanspruch auf eventuelles Einrücken nach der Primogenitur- oder sonstigen Successionsordnung bei der Geburt wieder nur unter der unvermeidlichen Bedingung erwirbt, daß nicht vor dem Anfall des Fideicommisses prohibitive Gesetze dazwischentreten, auch nur der Schatten eines Vorwurfs von Rückwirkung und Verletzung der individuellen Willensfreiheit wegen der abrogirten Fortdauer der Substitutionsordnung auf jenes Gesetz fallen. Die individuelle Willensfreiheit ist vielmehr damit nun in gar keine andern Schranken gewiesen, als in die rechtlichen Schranken überhaupt, an die sie durch die Gesetze unter allen Gesetzgebungen jederzeit gebunden erscheint.

Werfen wir hierbei einen Blick auf Savigny.

Wir werden später genauer sehen, wie nahe Savigny's Theorie in Bezug auf die uns in diesem Paragraphen beschäftigende Frage an das Richtige anstreift — und wie sie sich dennoch wieder die wirkliche Erfassung desselben völlig und grundsätzlich unmöglich macht! Von selbst erhellt jedoch, wie die Savigny'sche Formel, daß nur Gesetze über den Erwerb von Rechten nicht rückwirken, Gesetze aber über das Dasein von Rechten rückwirken sollen, in ihrem Resultate mit dem praktischen Ergebniß unserer Entwickelung bei vielen Gesetzen dieser Art übereinstimmen muß. Aber abgesehen davon, daß Savigny dies mit Unrecht als eine Rückwirkung, wenn auch als eine nach ihm zulässige qualificirt, stellen sich zunächst zwei Punkte als Folgen der Mangelhaftigkeit seiner Theorie heraus. Die erste dieser Folgen ist die schwankende Weise, in der sich Savigny gerade über ein neues Gesetz der letzterwähnten Art — Aufhebung von Fideicommissen — äußert. Er sagt hierüber (VIII, 537): „— Wenn daher gegen die Gesetze, wodurch Rechtsinstitute aufgehoben oder umgebildet werden, wegen des Eingriffs in erworbene Rechte ein unbedingter Widerspruch erhoben werden soll, so ist dieser Widerspruch wenigstens wegen der beschränkten Natur des Trägers erworbener Rechte nach zwei Seiten hin in enge Grenzen zu verweisen.

„Dem neuen Gesetze könnte höchstens seine rechtmäßige Einwirkung bestritten werden, solange der Träger eines erworbenen Rechts lebt. Hinterläßt er Erben, so haben diese zur Zeit der Erscheinung des neuen Gesetzes kein verletzbares erworbenes Recht. Mit andern Worten: alles Erbrecht ist rein positives, und wenn dasselbe durch ein neues Gesetz an gewisse Bedingungen und Schranken geknüpft wird, so kann darin nie-

mals ein Eingriff in erworbene Rechte gefunden werden. Wir wollen dieses auf den oben als Beispiel gewählten Fall anwenden. Wenn das neue Gesetz, welches die Sklaverei beseitigen wollte, die Bestimmung gäbe, daß in Zukunft kein Erbe durch Erbfolge das Eigenthum von Sklaven erwerben könnte, so läge darin gewiß nicht die Verletzung eines erworbenen Rechts. — Diese Betrachtung gründete sich auf das nahe Ende jedes menschlichen Lebens. Eben dahin führt aber die Erwägung des Anfangs. Jeder Mensch muß den Rechtszustand anerkennen, den er bei seiner Geburt bestimmt findet. Wenn also vor seiner Geburt ein Rechtsinstitut durch neues Gesetz aufgehoben oder umgebildet wird, so kann wenigstens ihm nicht ein erworbenes Recht dadurch verletzt sein." Und als Anmerkung hierzu bemerkt Savigny: „Ein Gesetz, welches die Lehen oder Fideicommisse aufhebt, verletzt daher gewiß nicht die Rechte derjenigen, die erst später erzeugt werden."

Aus dem hervorgehobenen „höchstens" und „gewiß nicht" in der angeführten Stelle fühlt sich wol deutlich genug heraus, daß Savigny in dem Nochnichterzeugtsein der fideicommissarischen Anwärter nur einen Umstand sieht, der a fortiori das Gesetz gegen den Vorwurf einer Rechtswidrigkeit schützt, daß er aber, auf die Consequenz gedrängt, im Grunde auch wenn Anwärter bereits geboren sind, in einem ihr Anwartschaftsrecht auf Einrücken in das Fideicommiß nach der Primogeniturordnung aufhebenden Gesetz keine Rechtswidrigkeit erblicken würde, und mindestens wäre dies die consequente und richtige Folge von seiner Formel, daß Gesetze über das Sein oder Nichtsein von Rechten rückwirken sollen. — Immerhin bleibt diese schwankende Weise ein irreführender Uebelstand, der auf keinem irgend haltbaren juristischen Grunde beruht. Nach der von uns entwickelten Theorie erweist es sich vielmehr in Bezug auf den Fortbestand der fideicommissarischen Primogeniturordnung als schlechterdings gleichgültig, ob bereits Anwärter geboren sind oder nicht, da, so erworben ihre Anrechte sein mögen, sie immer doch mit der einen Bedingung erworben werden, nicht auf Prohibitivgesetze zu stoßen, da sich contra leges nichts erwerben und ebenso wenig Erworbenes festhalten läßt, wie z. B. Sklaven, Leibeigene oder irgendwelche andere Objecte oder Befugnisse, welche bisher zum Eigenthum gehörten und von welchen ein neues Gesetz erklärt, daß sie nicht mehr eigenthümlich besessen werden können. Und dies muß um so unzweifelhafter und um so mehr ohne alle Schwierigkeit von dem bereits lebenden Fideicommißanwärter gelten, als, wie unsere Entwickelung schon gezeigt hat und wie später am Zinsvertrage, an der lex commissoria und selbst durch noch entscheidendere Fälle bis zur letzten Evidenz erwiesen werden wird, nicht einmal durch Vertrag ein gegen prohibitive Gesetze fortbestehendes Recht erworben werden kann, dem Geboren- oder Erzeugtwerden des Fidei-

commißanwärters aber doch allerhöchstens die Wirkung einer vertragsmäßigen Erwerbung zugeschrieben werden könnte.[1]

---

[1] Welches ist der Grund, weshalb man fideicommissarische Anwärter in Bezug auf die durch die fideicommissarische Substitutionsordnung ihnen verliehenen Rechte nicht einfach wie Testamentserben behandelt, bei welchen letztern man nicht zweifelhaft darüber ist, daß, solange der Erbanfall nicht eingetreten, Gesetze über den Inhalt des Testaments und über die Fähigkeit des Honorirten stets sofort platzgreifen? Der Grund ist der, daß das Testament bei Lebzeiten des Testators nur einen stets revocabeln Willen darstellt, der daher — ebenso wie das Intestaterbfolgegesetz für den Intestaterben — solange eine bloße Erwartung und kein erworbenes Recht gewährt, solange er nicht unwiderruflich geworden, was also erst mit dem Tode des Testators der Fall ist. Bei Erbverträgen und Fideicommissen dagegen liegt eine unwiderrufliche Bestimmung vor, die ebendeshalb ein erworbenes Recht gewährt. Dieser Unterschied ist in der That der einzige, der in der hier betrachteten Hinsicht zwischen beiden Fällen stattfindet, und die aus ihm gezogene Folgerung ist auch an sich eine ganz richtige. Wie wenig aber diese Unwiderruflichkeit der Substitutionsordnung gegen Prohibitivgesetze zu bestehen vermag, soll noch durch einen Fall bestätigt werden, der nach dem Vorausgeschickten juristisch ganz auf gleicher Linie mit den Fideicommissen steht. Vor der Französischen Revolution galt in vielen Provinzen, z. B. in den Statuten von Hainaut, Brabant, Lüttich, im Gebiet von Weißenburg im Elsaß, und auch im Herzogthum Berg, das sog. Devolutionsrecht. Hiernach hatten die Kinder ersten Bettes, deren Vater sich wieder verheirathet hatte, das Recht, in seinem Nachlaß alle Güter vor der Theilung vorabzunehmen, in deren Besitz sich der Vater beim Tode ihrer Mutter befunden hatte. Infolge desselben Devolutionsrechts war es aber dem Vater auch schon vom Tode der Frau ab untersagt, diese Güter zum Nachtheil jener Kinder zu veräußern oder zu verhypothecieren. Hierin zeigt sich auf das unleugbarste, daß die Devolution ein unwiderrufliches Recht der Kinder erster Ehe hervorbrachte, ganz wie das fideicommissarische Instrument für den geborenen Anwärter. Durch Gesetz vom 8./15. April 1791 wurden alle statutarischen Bestimmungen aufgehoben, welche bei der Theilung der Nachlassenschaft desselben Vaters oder derselben Mutter Unterschiede zwischen den Kindern aus verschiedenem Bett begründeten. Es entstand nun die Frage, ob, wenn zwar die Mutter unter altem Recht gestorben, die Güter also bereits den Kindern erster Ehe durch Devolution anerfallen waren, der Vater aber erst nach dem Gesetz vom 8. April 1791 gestorben war, die Kinder zweiten Bettes von der Theilung derselben ausgeschlossen sein sollten? Der Nationalconvent entschied diese Frage durch das motivirte Tagesordnungsdecret vom 18. Vendém. II mit Recht zu Gunsten der Kinder zweiter Ehe, weil die Wirkungen des Gesetzes vom 8. April 1791 „doivent avoir lieu sur les biens meubles et immeubles qui, à l'époque de sa publication, étaient frappés de dévolution dans la main de l'époux survivant avec enfants". Als später im Jahre IV die rückwirkenden Bestimmungen der frühern Gesetze zurückgenommen wurden und deshalb auch hierauf zurückzukommen versucht wurde, erklärte der Cassationshof von Paris durch Urtheil vom 8. Messidor und 10. Nivôse XIII, daß jenes Decret keine Rückwirkung in sich enthielte. Zu einer lebhaften Controverse hat dieselbe Frage vor dem rhein. Appellationsgerichtshofe zu Köln und dem rhein. Revisions- und Cassations-

Wenn sich Savigny in Bezug auf den erörterten Punkt nur unbestimmt und schwankend ausdrückt, so verfällt er dagegen in anderer

---

hofe zu Berlin Anlaß gegeben. Durch sieben Urtheile (vom 30. Juni und 3. Juli 1823, 29. April und 19. Juni 1824, 11. Febr. 1825, 9. April 1829 und 16. Juli 1830) erklärte sich der rhein. Appellationsgerichtshof zu Köln — in Fällen, in welchen der Tod des Vaters nach Einführung des Code Napoléon eingetreten war — für die Aufrechterhaltung des Devolutionsrechts der Kinder erster Ehe. Der rhein. Revisions- und Cassationshof zu Berlin dagegen entschied durch seine Urtheile vom 15. Febr. 1826 (Rhein. Arch., 8, 2. 45), vom 28. Febr. 1832 (Rhein. Arch., 16, 2. 9) und vom 11. Dec. 1843 (Rhein. Arch., 37, 2. 3), unter Cassation jener Urtheile des kölner Appellhofs, daß die Kinder zweiter Ehe zur Theilung zuzulassen seien. Diese Entscheidung ist richtig. Sieht man aber auf die vom Revisionshof angegebenen Gründe, so ist die Unhaltbarkeit derselben einleuchtend. Der Revisionshof sagt, die Güter devolvirten erst dann an die Kinder erster Ehe, wenn nach einer von dem Ueberlebenden ihrer Aeltern eingegangenen zweiten Ehe die in der ersten Ehe erzeugten Kinder jenen Ueberlebenden überlebten. Es könne daher erst beim Absterben des in Rede stehenden Ehegatten beurtheilt werden, ob eine Vinculation stattfinde, und folglich erlangten die Kinder erster Ehe erst durch dieses Absterben auch des zweiten Ehegatten ein erworbenes Recht. Ebenso nennt der pariser Cassationshof die Devolution „une simple expectative". Allein ganz abgesehen davon, daß sich einzelne Coutumen ausdrücken, wie z. B. die von Laleu, Art. 28: „dans le cas d'entravestissement de sang, la propriété de tous les héritages sujets au dit échevinage et appartenage et appartenans aux époux au décès du premier mourant, sera dévolue *et appartiendra* aux enfants, issus du mariage et au dernier vivant d'iceux, pour, après le trépas du survivant, être *l'usufruit réuni à la propriété*" (ebenso die Coutume von Lüttich, Kap. 11, Art. 15), was freilich nicht die Regel ist, so ist doch jedenfalls nicht zu bestreiten, daß die Vinculation sofort vom Tode des ersten Ehegatten an vorhanden war, da von diesem Augenblick an der Ueberlebende die Güter nicht mehr veräußern noch beschweren kann und er auch von diesem Augenblick ab als „propriétaire *bridé*" qualificirt wurde (siehe Stockmans de jure Devolutionis, Kap. 5, Nr. 1; Kap. 6, Nr. 4). Sohet, in seinen Inst. de droit pour le pays de Liége, I, 271 fg., vergleicht das Devolutionsrecht der Kinder sehr richtig à un *fidéicommis conditionnel* qui s'évanouit s'ils meurent avant le parent. Die Ansicht des Revisionshofes stützt sich darauf, daß, wenn der Vater die Güter veräußert, diese Veräußerung gleichwol nicht schlechthin nichtig ist, sondern gültig wird, wenn die Kinder vor ihm — ohne Rücklassung von Kindern — sterben. Allein hieraus kann man durchaus nicht schließen, daß erst die Zeit des Todes zeige, ob Vinculation vorhanden war. Diese war jedenfalls vorhanden und die ungültige Veräußerung convalescirt nur nachträglich, wenn die Kinder kinderlos vor dem Vater sterben. Wenn der römische Ehemann Dotalgrundstücke veräußert, so ist dies eine durchaus nichtige Handlung. Allein wenn ihm späterhin die ganze Dos zufällt, so convalescirt die Veräußerung von selbst und es braucht auch nicht einmal Wiederholung der frühern Tradition einzutreten (L. 42 de usurp., 41, 3). Deshalb wird niemand behaupten wollen, daß die Vinculation der Dos erst bei Auflösung der Ehe beurtheilt werden könne, und ebenso wenig bezweifeln, daß die Unveräußerlichkeit der Dos ein erworbenes

Hinsicht infolge seiner Theorie in einen ebenso entschiedenen als wichtigen Irrthum, der gleich hier näher zu betrachten ist.

Er stellt nämlich (a. a. O., S. 538 fg.) die Forderung auf, daß bei der Aufhebung solcher Rechtsinstitute, die sich auf fortwährende Rechtsverhältnisse beziehen, eine „wahre, vollständige Entschädigung des Berechtigten" geleistet werde. „Jeder wahre politische oder volkswirthschaftliche Zweck", sagt er, „wird durch die Ablösung mit Entschädigung vollständig erreicht, ohne Bereicherung des einen Theils auf Kosten des andern, die durch die Natur solcher Gesetze auf keine Weise zu rechtfertigen ist."

Auf diese allgemeine Behauptung muß zunächst erwidert werden, daß es gar keinen größern Irrthum gibt, als diese Annahme eines angeblichen Rechts auf Entschädigung in den gedachten Fällen.

Dies ergibt sich mit unvermeidlicher logischer Nothwendigkeit aus der von uns entwickelten Theorie. Das Recht konnte selbst durch Vertrag

---

Recht der Frau bilde. Sogar wenn ein Nichteigenthümer eine Sache veräußert und später das Eigenthum an ihr erwirbt, convalescirt dadurch die Veräußerung ohne eine Tradition von selbst (L. eadem., L. 4, §. 32, de doli exc., 44, 4). Ebenso wird die ungültige Veräußerung der lucra propter nuptias nachträglich gültig, wenn sämmtliche Kinder erster Ehe vor dem Vater sterben (Nov. 22, c. 26).

Es ist also nicht wahr, was der berliner Revisions- und Cassationshof sagt, daß sich erst zur Zeit des Todes beurtheilen lasse, ob Vinculation vorhanden gewesen sei. Diese war jedenfalls vorhanden gewesen, ein Gewesensein, welches auf Grund späterer Gesetze oder Facta leugnen zu wollen, die Blüte einer in Verlegenheit gesetzten Sophistik ist. Es ist ebenso nicht wahr, was der pariser Cassationshof sagt, daß das Recht der Kinder eine „bloße Erwartung" bildet. Es bildet vielmehr ein in jure irrevocables Recht, welches nur unter bestimmten factischen Bestimmungen fortfallen soll, ein Recht, das daher mindestens ganz so erworben und unwiderruflich ist wie das eines bedingten Vertrags, in welchem das Recht sogar erst von dem Eintreten bestimmter factischer Ereignisse abhängig gemacht wird. Aber das Devolutionsrecht begründet nicht (außer in jener Ausnahme-Coutume von Laleu u. s. w., wo allerdings auch anders entschieden werden müßte) einen actuellen Uebergang des Eigenthums der Güter vom Vater auf die Kinder, sondern ein erworbenes Recht auf Erbschaft für die letztern (wie im ältern deutschen Rechte das Recht der nächsten Erben ein solches war). Der prohibitive Geist des neuen französischen Rechtsbewußtseins war aber eben der: Erworbenes Recht auf Succession soll überhaupt nicht sein, sondern diese nur vom Gesetz verliehen werden können (weswegen z. B. auch die Erbverträge aufgehoben und im Art. 1389 des Code civil den Ehegatten verboten wurde, in den Ehepacten abweichende Bestimmungen über die legale Succession der Kinder zu treffen), in specie: Vorzugsrecht in der Succession zwischen den Kindern desselben Vaters oder derselben Mutter solle nicht sein können, — und darum also wich von jetzt ab auch das erworbene Recht auf Erbschaft als ein nur bis dahin erworbenes.

von Haus aus von dem Individuum mit Gültigkeit nur stipulirt werden bis zu dem Tage, wo das allgemeine Dasein eines solchen Rechts auf ein es negirendes und für unmöglich erklärendes Bewußtsein des öffentlichen Geistes stoßen würde. Das Recht hat gegolten, solange es gelten konnte und sollte. Jener Tag des Verhängnisses, der Tag der von Haus aus dem Acte vorherbestimmten Nothwendigkeit, ist nun eingetreten — und alles ist gesagt!

Die Grenze, bis zu welcher das Recht gelten sollte und konnte, ist erreicht, und es ist daher hier logisch und juristisch weder Raum noch Grund denkbar für eine Entschädigung. — Es gibt hier nichts zu entschädigen. Denn es ist hier dem Einzelnen nichts genommen worden, was, wie bei der Expropriation, noch ferner als ein rechtmäßiges Eigenthum anerkannt würde. Ein Recht der Entschädigung dennoch annehmen, da, wo der Inhalt des aufgehobenen Rechts vom öffentlichen Bewußtsein bereits prohibirt, d. i. als widerrechtlich bestimmt ist, hieße vermöge der Kraft der Logik gar nichts Geringeres, als Klassen oder Individuen das Recht zusprechen: dem öffentlichen Geiste einen Tribut für seine Fortentwickelung aufzuerlegen, hieße also nicht anderes, als ein tributpflichtiges Hörigkeits- oder Abhängigkeitsverhältniß des öffentlichen Geistes von jenen berechtigten Klassen oder Individuen annehmen. —

So unzerbrechlich und genügend diese streng logische Folgerung ist, so würde doch das Gesagte zu ebenso großen Irrthümern Anlaß geben können wie die Worte Savigny's nach der entgegengesetzten Seite hin, wenn nicht noch ein hierbei in Betracht kommender Unterschied dargelegt würde, der freilich nie außer Augen verloren werden darf.

Es ist hier also der Ort, die Theorie der Entschädigung bei der Aufhebung bestehender Rechte durch Prohibitivgesetze im Oeffentlichen wie im Privatrecht zu entwickeln, welche die bisherige Unklarheit hierüber beseitigen und sich als die immanente Folge oder vielmehr nur als eine nähere identische Anwendung desselben Begriffs herausstellen wird, durch den sich uns auch die Aufhebung der bestehenden Rechte selbst, bei einer negativen Gestaltung des allgemeinen Bewußtseins, als nothwendiger Ausfluß der Rechtsidee ergeben hat.

Man muß nämlich genau darauf achten, was durch den neuen geistigen Inhalt des Bewußtseins wirklich prohibirt und ausgeschlossen wird: ob das Rechtsverhältniß selbst oder nur ein bestimmter Modus seiner Ausübung.

Dies bedarf einer schärfern Entwickelung.

Ein Recht qualificirt sich juristisch nicht blos durch den Eigenthumsinhalt oder die Forderung, auf die es einen Anspruch gewährt, sondern ebenso auch durch die Beschaffenheit des Rechtstitels selbst, aus welchem

der Anspruch fließt. Erst beides zusammen qualificirt das wirkliche bestimmte Recht. Ich kann dieselbe Summe Geldes, dasselbe Quantum Naturalien, dieselben Dienstleistungen zu fordern haben. Aber es fragt sich, ob ich sie auf einen Kauf- oder Nutznießer, oder emphyteutischen Titel u. s. w., auf einen Titel contractlicher oder gesetzlicher Nutznießung, auf einen dinglichen oder obligatorischen, auf einen lästigen oder unentgeltlichen Titel u. s. w. zu fordern habe. Die juristische Bestimmtheit des wirklichen Rechts tritt also erst durch die Hinzunahme des Rechtsgrundes zu dem Inhalt und Object des Rechts hervor.

Ist nun die negative Wendung des neuen Bewußtseins die totale, daß nach ihm einerseits ein bestimmtes dingliches oder obligatorisches Recht von seiner Fortexistenz ausgeschlossen ist und andererseits zugleich aus diesem Rechtsgrunde (z. B. aus herrenschaftlichen Rechten) überhaupt keinerlei Recht auf den Gegenstand des bisherigen Rechts mehr entstehen können soll, — so tritt die oben entwickelte Folge ein, und von Entschädigung kann nicht die Rede sein.

Geht aber die Prohibition des neuen Bewußtseins nur so weit, daß aus diesem Rechtsgrunde allerdings noch Rechte, und zwar auch Rechte auf das bisherige Rechtsobject (resp. auf ein Rechtsobject derselben Art[1]) entstehen können sollen, nur nicht die bestimmte bisher gewählte Art der Rechtsbefriedigung wegen besonderer Schäd-

---

[1] So wird z. B. bei der Expropriation eines Terrains zum Zweck öffentlicher Bauten zwar das bestimmte bisherige Rechtsobject selbst publicirt, aber nur das einzelne zufällige Exemplar, nicht die Art dieses Rechtsobjects. Grundstücke können noch weiter erworben werden und im Privateigenthum sein. Ebendeshalb muß Entschädigung gezahlt werden. Aber selbst hier ist die Entschädigung bloßer Schein und löst sich, ganz in Gemäßheit des im Text sofort weiter Gesagten, auf in eine Umwandlung des Eigenthums an dem Grundstück aus seiner prohibirten in seine noch unprohibirte Form. Das Eigenthum an jeder Sache umfaßt (vgl. hierüber oben Note 1 zu S. 87) zweierlei: 1) das Eigenthum an ihrer singulären Existenz (Nutzbarkeit), 2) das Eigenthum an ihrem allgemeinen Tauschwerth. Das Grundstück, das zum Zweck öffentlicher Bauten expropriirt wird, ist seiner singulären Existenz nach publicirt; insoweit ist das Privateigenthum daran aufgehoben, und hierfür wird auch keine Entschädigung gezahlt; denn das pretium *merae affectionis* wird von den Expropriationsgesetzen nicht gegeben. Sachen derselben Art und Gattung (Grundstücke) können aber noch Privateigenthum sein. Die Art ist das Allgemeine der individuellen Sache. Da also das Allgemeine derselben noch nicht publicirt ist, Privateigenthum daran noch ferner anerkannt wird, so muß dem Einzelnen das in dem speciellen Grundstück für ihn vorhandene Eigenthum an dem allgemeinen Charakter der Sache auch gelassen, d. h. der allgemeine Tauschwerth entrichtet werden, was somit gleichfalls nur eine Ueberleitung des prohibirten Eigenthums in die noch unprohibirte Form desselben darstellt.

lichkeit oder Unstatthaftigkeit derselben (z. B. keine dinglichen Rechte mehr, wol aber obligatorische u. s. w.), — so muß nun allerdings eine Umwandlung eintreten. Diese kann und wird oft die Form einer Entschädigung haben. Aber dies ist nur ihre täuschende Außenseite. In der That ist sie nur eine Umwandlung, d. h. eine Ueberleitung des noch als wirksam anerkannten Rechtsinhaltes aus der prohibirten Art seiner Befriedigung in seine unprohibirte. Diese Umwandlung muß eintreten und zwar aus dem sehr einfachen Grunde, weil ja nicht mehr aufgehoben werden darf, als durch die Anschauung des neuen Rechtsbewußtseins wirklich prohibirt ist. Wenn also im öffentlichen Bewußtsein noch nicht prohibirt ist, daß aus diesem bestimmten Rechtsgrunde Ansprüche überhaupt, und zwar Ansprüche an dies bestimmte Object des Rechtsverhältnisses, hervorgehen, so muß, indem die Prohibition nicht weiter geführt werden darf, als sie eben reicht, die Ueberleitung aus der jetzt unerlaubt gewordenen in eine noch erlaubte Form jenes noch als wirksam angeschauten Rechtsinhaltes vor sich gehen. Von einer Entschädigung als solcher ist dabei, auch wenn sie in Geld gezahlt wird, in Wahrheit gar nicht die Rede. Es wird blos nicht mehr unterdrückt, als eben durch den jetzigen Stand des öffentlichen Geistes unterdrückt werden soll, und somit tritt logisch von selbst, blos durch die Nichtprohibition, die in dieser Hinsicht vorliegt, der erlaubte Modus der Befriedigung an Stelle des prohibirten, Abgabe vom Reinertrag an Stelle der Abgabe vom Rohertrag, Geldabgabe an Stelle der Naturalabgabe u. s. w.

Es ist zunächst erforderlich, das Gesagte durch concrete Beispiele zu größerer Anschaulichkeit zu bringen.

Die constituirende Versammlung, welche im Jahre 1789 in Frankreich zusammentrat, fand in dem bis dahin herrschenden Feudalsystem und den Lasten, Diensten und Abgaben aller Art, durch welche es die Freiheit der Personen und des Eigenthums fesselte, zwei große und principiell verschiedene Gattungen dieser Rechte vor. Die einen dieser Lasten, Dienste, Abgaben, Verpflichtungen und Beschränkungen aller Art waren hervorgegangen aus der herrenschaftlichen Gewalt, welche früher den adeligen Grundeigenthümern, religiösen Orden und Stiftungen der leibeigenen und hörigen Bevölkerung gegenüber zugekommen war, und wurzelten somit ursprünglich im reinen Personenrecht. Die andern waren auch ursprünglich gegen eine Verleihung von Grund und Boden, also auf lästigen Titel, von den Grundherren erworben worden.

Was nun die Rechte der ersten Gattung anbetraf, so war die neue Anschauung des Bewußtseins eben die, daß persönliche Oberherrlichkeit, und rechtlicher Unterschied der Person überhaupt, nicht mehr sein solle,

daß aus dem Personenunterschied kein Recht mehr hervorfließen solle. — Indem daher die Prohibition des Geistes sich ebensowol abolirend gegen das Fortbestehen dieses bestimmten Rechtsinhalts als gegen den Rechtsgrund dieser Verhältnisse überhaupt wandte und diesen als nicht mehr rechtlich wirksam anschaute, mußte die Prohibition die totale sein. Da dieser Rechtsgrund selbst keinerlei Wirkung mehr haben können, keinerlei Recht mehr aus ihm entstehen können sollte, so konnte das Recht auch nicht blos die Form wechseln und ein Recht an Stelle des andern treten.

Hier war daher auch für eine Entschädigung gar keine logische Möglichkeit vorhanden. Denn durch jede solche wäre gerade als rechtlich fortwirkend gesetzt und anerkannt worden, was aus dem tiefsten Innern des öffentlichen Geistes heraus als Unrecht und als absolut wirkungslos bestimmt war.

Ganz anders verhielt es sich mit der zweiten Klasse von Rechten, die ursprünglich gegen eine Verleihung von Grund und Boden, also auf lästigen Titel[1], stipulirt worden waren.

Daß aus solchem Rechtsgrunde Rechte stipulirt werden konnten, sowol irgendein Antheil an dem Ertrag des Grundstücks, als auch Rechte auf Dienstleistungen der Personen, denen dafür Werthe abgetreten worden waren, daß also Rechte aus solchem Rechtsgrunde hervorgehen und zwar auf dieselben Rechtsobjecte hervorgehen konnten — dies war durch das neue Bewußtsein nicht prohibirt. Vielmehr durften fortwährend von neuem auf entgeltlichen Titel Reallasten und obligatorische Rechte auf menschliche Handlungen geschaffen werden. Nur der

[1] Unter lästigem Titel können niemals verstanden werden diejenigen Lasten, welche vom Berechtigten schon deshalb übernommen werden müssen, um die bloße Fortdauer des ihm eingeräumten Genusses zu sichern. Diese bilden kein Aequivalent für die Einräumung des Rechts, sondern blos eine nothwendige Last der Erhaltung desselben. Es heißt daher in dieser Hinsicht äußerst richtig im Art. 24, Tit. 2 des Gesetzes vom 15. März 1790: „Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables: .... 2) les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite par une communauté d'habitants et son seigneur, et par laquelle le seigneur aura fait à la communauté *quelque avantage de plus que* de s'obliger à tenir perpétuellement en état les moulins, fours ou autres objets banaux."

Ebenso kann ein Titel, der vielleicht ursprünglich lästig war, zu einem nicht mehr lästigen werden, indem die Last desselben in darin stipulirten fortwährenden Gegenleistungen und Diensten bestand, welche durch die geänderte Natur der Verhältnisse unthunlich oder unzulässig geworden sind (wie z. B. die mittelalterlichen Ritterdienste der adeligen Grundherren in Preußen oder der von ihnen den bäuerlichen Hofinsassen zugesicherte Schutz u. s. w.). Er ist dann von da an nothwendig zu einem nicht lästigen Titel geworden und als solcher zu behandeln.

bestimmte Modus der vorgefundenen Rechte, nur die gewählte Art der Rechtsbefriedigung jener an sich noch immer zulässigen Rechte, war aus verschiedenen Gründen durch das neue Rechtsbewußtsein des Volkes prohibirt. So boten z. B. die Zehenten den großen Uebelstand dar, daß sie als eine Abgabe vom Rohertrage die Amelioration des Bodens hinderten u. s. w.

Alle diese Realabgaben und ebenso die für Grundverleihungen auferlegten persönlichen Dienste (corvées réelles) waren insoweit durch den Inhalt des gegenwärtigen Geistes prohibirt, daß sie in aeternum eine bestimmte und auf ewig für unablösbar erklärte Art von gewissen Naturalabgaben oder Dienstleistungen auferlegten. Sie beschränkten so die freie Benutzung des Grundeigenthums und brachten, indem sie zu einer stationären Bebauung desselben zwangen, eine künstliche Verminderung des Bodenertrags und eine Verarmung des Volkes hervor.

Sie verletzten ebenso den jetzt zum Bewußtsein gekommenen nicht weniger imperativen Grundsatz, die persönliche Freiheit des Menschen nicht auf ewig zu einer bestimmten Art von Handlungen verpflichten und ihn der Freiheit berauben zu können, sich durch eine Restitution des Werthäquivalents (Ablösung) der übernommenen Verpflichtung zu bestimmten Diensten oder auch zur Verzinsung fremder Werthe zu entziehen. [1]

Was somit jetzt wirklich durch den Fortschritt des Geistes prohibirt war, war hier nicht das Recht selbst, sondern überhaupt blos seine Unablösbarkeit, war nicht die Substanz des Rechts, sondern nur der bestimmte Modus der Befriedigung desselben, der in jenen Verträgen gewählt worden war.

Indem nun also natürlich nicht mehr aufgehoben werden konnte, als durch den Inhalt des Bewußtseins geboten war, mußte und konnte nur die Unablösbarkeit solcher Rechte, nicht diese selbst, aufgehoben werden. Dies gab somit von selbst ihre Ablöslichkeit, die somit nur scheinbar als eine Entschädigung für ein Prohibirtes, in der That aber nur der logisch-nothwendige Fortbestand des noch nicht Prohibirten war.

Hätte man hier weiter gehen und jene Rechte, weil sie als unablösbare auf ewige Zeiten constituirt waren, aus dem Grunde einfach unterdrücken wollen, weil das neue Bewußtsein solche Rechte nicht mehr anerkenne, so wäre hier allerdings Rückwirkung eingetreten. Denn

[1] Weshalb im Gesetz vom 18. Dec. 1790 verboten wurde, de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, was dann zu dem ganz allgemeinen in den Code übergegangenen Grundsatz führte: chaque rente perpétuelle est essentiellement remboursable.

wenn das Individuum sich im voraus unterwirft und unterwerfen muß dem Erlöschen seines Rechts von dem Zeitpunkt an, wo das öffentliche Bewußtsein — dieser einzige wahrhafte Rechtsboden — einen bestimmten Rechtsinhalt als substantiell nichtig anschauen wird, so unterwirft sich das Individuum deshalb doch nicht der materiellen Abolition seines Rechts für *den* Fall, wo nicht die Substanz, sondern nur eine bestimmte Befriedigungsart desselben vor den Augen des neuen Gesetzgebers nichtig ist und übergehen muß, also z. B. Unablöslichkeit in Ablöslichkeit oder Naturalabgabe in Geldabgabe u. s. w. Wenn hier statt dessen die gänzliche Unterdrückung erfolgt wäre, weil die bloße *Formbestimmtheit*, in der das Recht constituirt wurde, nicht fortdauern kann, so würde das Individuum hier allerdings den Vorwurf gegen den Gesetzgeber erheben können: es würde, falls jene *Form* des Rechts bei der Constituirung desselben untersagt gewesen wäre, die *andere noch jetzt* erlaubte *Form* sich stipulirt haben, und *dieser* Vorwurf würde eine *wirkliche Rückwirkung* in sich einschließen, wie wir im Verlauf noch tiefer sehen werden. Im ersten Falle aber kann das Individuum diesen Vorwurf *nicht* erheben, weil ja auch in *keiner andern* gewählten Form das absolut unzulässig und substantiell nichtig gewordene Recht länger hätte continuirt werden können.

Oder mit andern Worten. Wenn, wie wir als das Gesetz der Sache gesehen haben, jedem Vertrage die stillschweigende Stipulation hinzuzudenken ist, daß das in ihm constituirte Recht *so lange* dauern solle, solange nur dasselbe dem allgemeinen Geiste als rechtlich möglich und somit als nicht prohibirt erscheinen wird, so ist nun ebendeshalb für diesen Fall der Prohibition dem Vertrage nothwendig auch noch die *andere stillschweigende Stipulation* hinzuzudenken: daß

> solange aus *diesem* Rechtsgrunde und an *diesem* Rechtsobject überhaupt noch ein Rechtsanspruch von neuem erworben werden kann und somit als rechtlich möglich anerkannt werden wird, das vom Individuum sich constituirte Recht *in jeder andern Form und Bestimmtheit fortbestehen solle*, welche *vor dem Bewußtsein des neuen Gesetzgebers noch als zulässig erscheinen wird*; d. h. also in jeder Form, in welcher aus *diesem* Rechtsgrunde und auf *dieses* Rechtsobject auch noch nach dem neuen Gesetze Rechte neu erworben werden können.[1]

---

[1] Wie sehr die von uns entwickelte Ueberleitung des Rechts in seine noch unprohibirte Gestalt als die wahrhafte logische Idee der Sache hervortritt, in Rechtsgebieten, in denen von *Entschädigung* gar keine Rede sein kann, mag beispielsweise an dem Gesetz vom 8. Mai 1816 gezeigt werden, durch welches die Restauration in Frankreich die Ehescheidung aufhob. Klagen auf Trennung von Tisch

Und die Verletzung dieser stillschweigenden Contractsstipulation, welche die consequente Abstufung jener ersten ist, deren nothwendiges und stillschweigendes Dasein allein die Rückwirkung ausschließt, würde somit in der That eine wirkliche Rückwirkung in sich tragen.

Wir werden so von allen Seiten immer wieder auf unsern systematischen Gedanken zurückgeführt und sehen, wie derselbe die Kraft hat, die begrifflichen Unterschiede der Materie aus sich zu erzeugen.

Ganz so nun, wie wir es hier als nothwendig aus dem Begriffe fließend nachgewiesen haben, verfuhren die französischen Versammlungen der Revolutionszeit, indem sie mit der wahrhaften Logik des Begriffs alle Lasten, Rechte und Beschränkungen der ersten Klasse für ohne weiteres und ohne jede Entschädigung aufgehoben, alle solche aber, welche „der Preis und die Bedingung einer ursprünglichen Verleihung von Grund und Boden" waren, blos für ablösbar *(rachetable)* erklärten. Dies Princip wird schon gleich in dem ersten Decrete der berühmten Augustnacht angedeutet, wo es heißt Art. 1: „L'assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal et décrète que, *dans* les droits et devoirs tant féodaux que censuels, *ceux qui tiennent* à la main-morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle *sont abolis sans indemnité*, et tous les *autres* déclarés *rachetables*."

Zu seinem reinen begrifflichen Ausdruck kam dies Decret erst in dem ausführenden Decrete derselben Nationalversammlung vom 15. März 1790, wo es in Tit. 3, Art. 1, heißt:

„Seront *simplement rachetables* et *continueront d'être payés jusqu'au rachat effectué* tous les droits et devoirs féodaux et censuels utiles qui sont *le prix et la condition d'une concession primitive de fonds*", nachdem in den vorhergehenden Titeln alle andern für unentgeltlich abolirt erklärt worden waren. Nach andern ausführenden Gesetzen vom 3. Mai, 14. Nov., 23. Dec. 1790 und

---

und Bett (séparation de corps) blieben zulässig. Infolge dessen verfügte der Art. 2 des Gesetzes, daß alle hängigen Scheidungsklagen und — da unter dem Code civil die Scheidung vom Richter nur zugelassen und erst vom Civilstandsbeamten ausgesprochen wird — alle bereits erlassenen, aber noch nicht executiven Scheidungsurtheile in Separationsklagen und Separationsurtheile umgewandelt sein sollten. — Scheidung sollte nicht mehr sein können, somit blieb die Separation als die noch erlaubte Form der Trennung, obgleich nicht hierauf geklagt und erkannt worden war und für die Separationsklage andere Formen als für die Scheidungsklage galten. Aber da auch jetzt noch auf Separation geklagt werden konnte, hätte es geheißen, die Gültigkeit individueller Handlungen rückwirkend vernichten, wenn man diejenigen, die ein Scheidungsurtheil erlangt hatten, jetzt hätte nöthigen wollen, von neuem auf Separation zu klagen.

13. April 1791 gelangte dies Princip zu seiner wahrhaft consequenten Durchführung erst durch das Gesetz der assemblée législative vom 25. August 1792, wozu dann später noch das Schlußdecret des Convents vom 17. Juli 1793 kam.[1]

Untersuchen wir nun beiläufig von dem festgewonnenen Standpunkt unsers Princips aus das preußische Gesetz über die Regulirung und Ablösung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850, so sind es traurige Resultate, die sich uns ergeben.

Zwar erklärt dieses Gesetz in den §§. 2 und 3 eine Anzahl von Berechtigungen für unentgeltlich aufgehoben, insbesondere auch (§. 2, Nr. 1 und 2) das Obereigenthum des Lehnsherrn, des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgleichen das Eigenthum des Erbverpächters, und spricht dem Erbzinsmann und Erbpächter das volle Eigenthum durch die bloße Kraft des Gesetzes zu. Zwar scheint dies Gesetz auch ganz direct dem von uns aufgestellten Princip entflossen zu sein, indem es in §. 3, Nr. 10, ausdrücklich für ohne Entschädigung aufgehoben erklärt:

> „die aus den frühern gutsherrlichen, schutzherrlichen und grundherrlichen Rechten abgeleiteten und hergebrachten Abgaben und Leistungen, welche, ohne zum öffentlichen Steuereinkommen zu gehören, die Natur der Steuern haben"

und indem es am Schluß des §. 3 verordnet:

> „Insofern jedoch die in diesem Paragraphen gedachten Dienste, Abgaben und Leistungen für die Verleihung oder Veräußerung eines Grundstücks ausdrücklich übernommen worden sind, bleibt deren unentgeltliche Aufhebung ausgeschlossen."

Und gewiß ist nach diesen beiden angeführten Bestimmungen unleugbar, daß jener von uns oben (S. 189 fg.) in allgemeinerer begrifflichen Fassung nachgewiesene Unterschied bei diesem Gegenstande praktisch dem eigenen Rechtsgefühl des preußischen Gesetzgebers nach dem Vorgang der französischen Versammlungen zum Bewußtsein gekommen war.

Aber schon sehr bedenklich erscheint es, wenn der §. 5 verordnet:

> „Die mit dem §. 2, Nr. 1 und 2, bestimmte Aufhebung des

---

[1] Von den ausführenden Gesetzen ist oben nur an die wichtigsten erinnert worden; andere, wie die vom 28. Oct. 1790 über die dîmes inféodées, vom 26. Juli 1792 über die droits casuels pour mutation de propriété, vom 17. u. 20. Aug. 1792 über die droits féodaux fixes et casuels, vom 28. Aug. und 7. Dec. 1792, vom 10. Juni 1793 u. s. w., sind übergangen. Ebenso folgten noch auf das obige Decret des Convents einzelne ausführende und interpretirende Decrete vom 7. Sept. 1793, 2. Oct. 1793, 1. Brumaire, 9. Brumaire, 1. Frimaire, 28. Nivôse, 29. Floréal II u. s. w.

Obereigenthums des Lehnsherrn, Guts- oder Grundherrn und Erbzinsherrn, sowie des Eigenthums des Erbverpächters, hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehend."

Und hierauf werden in §. 6 „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigenthümlich oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften", der Ablösung unterworfen.

Nun läßt sich aber historisch nicht leugnen, und nichts ist besser und wiederholter nachgewiesen worden, als daß besonders der Erbzins häufig auch aus bloßen Schutz- und Vogteiverhältnissen entstanden ist, in die sich freie Bauern mit ihrem Gute zu adeligen Herren oder Stiftern begeben hatten, ihnen sehr häufig auch durch bloße Usurpation und durch das Ueberhandnehmen feudaler Anschauungen[1] im Mittelalter aufgebürdet worden ist.[2]

Zwar wird man sagen können, daß der §. 5 jene Abgaben und Leistungen blos insofern der Ablösung unterwerfe, „sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind", und daß folglich in der vorhin angeführten Nr. 10 des §. 3, welche alle solche Abgaben und Leistungen unentgeltlich aufhebe, die lediglich auf feudalem oder gutsherrlichem u. s. w. Nexus beruhen, auch Erbzinse u. s. w. unentgeltlich aufgehoben sind, insofern ein solcher feudaler Ursprung derselben nachgewiesen werden kann.[3]

---

[1] Vgl. z. B. die Maxime: nulle terre sans seigneur.

[2] Siehe Anm. 2 zu S. 198.

[3] Sicher ist es übrigens durchaus nicht, daß man mit dieser Auslegung vor unsern Tribunalen durchkommen würde. Denn hier würde gesagt werden können, daß die aus Erbzins- u. s. w. Verhältnissen als solchen entspringenden Berechtigungen ausdrücklich vom §. 5 für fortbestehend erklärt werden und daher auf ihren besondern factischen oder örtlichen Ursprung nicht zurückgegangen werden dürfe; daß allerdings dieser Paragraph auch bei Erbzinsgütern u. s. w. solche auf ihnen haftende Abgaben ausnehme, welche in dem Gesetz „besonders für aufgehoben erklärt worden sind"; daß der §. 3, Nr. 10, aber, welcher alle Berechtigungen unentgeltlich aufhebe, welche die „Natur von Steuern haben", hierdurch nur eine allgemeine Kategorie aufstelle, aber nicht den Erbzins „besonders" (namentlich) für unter irgendwelchen Umständen aufgehoben erkläre; daß im Gegentheil der Erbzins als solcher in der That nicht die „Natur von Steuern", sondern die einer reinen Reallast (Grundabgabe) habe (vgl. Allg. Landrecht,

Wenn man das Gesetz aber selbst in diesem Sinne auslegt, so enthält es immer noch in Bezug auf den Erbzins u. s. w. die Aufstellung einer Präsumtion zu Gunsten des Berechtigten und schiebt hierin dem Verpflichteten die Last des Beweises zu, wie dies allerdings auch in Frankreich zuerst durch das Gesetz der Constitnante vom 15. März 1790 geschehen war[1], ein Gesetz, welches aber in Aufstellung dieser gegen das historische Sachverhältniß laufenden, für deutsche Bauernverhältnisse übrigens aus historischen Gründen[2] noch viel weniger als für Frankreich gültigen und somit grundlos die Regeln der juristischen Beweislast

---

Thl. I, Tit. 18, §. 680 fg. und §. 813 fg.), und daß daher der Gegenbeweis, daß ein bestimmter Erbzins durch seinen factischen und örtlichen Ursprung eine ähnliche Natur habe, als nicht von dem Gesetz gestattet zu betrachten sei.

Faßt man das Gesetz in dieser dem Bauer den Gegenbeweis des feudalen Ursprungs gegen die gesetzliche Vermuthung der Grundverleihung abschneidenden Weise auf, so gilt dann auch in dieser Hinsicht auf das härteste von diesem Gesetz das, was wir sehr bald in Bezug auf andere Bestimmungen desselben darthun werden.

Jedenfalls werden die Interessen der berechtigten Grundaristokratie mit ganz anderer Sorgfalt von diesem Gesetz gewahrt. Denn zu ihren Gunsten wird, wie wir schon gesehen haben, am Schlusse des §. 3 ganz ausdrücklich bestimmt, daß auch die vom Gesetz für unentgeltlich aufgehoben erklärten Berechtigungen dennoch fortbestehen sollen, wenn ihre Entstehung für Verleihung oder Veräußerung eines Grundstücks erwiesen wird.

[1] Art. 2: Et sont présumés tels (nämlich als prix d'une concession primitive de fonds, und daher rachetables) *sauf la preuve contraire*: 1° Toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, denrées ou fruits de la terre, servis sous la dénomination de cens, censives, ventes féodales, seigneuriales et emphytéotiques etc. etc. qui ne se paient et ne sont dues que par le propriétaire ou possesseur d'un fonds, sauf qu'il est propriétaire ou possesseur et à raison de la durée de sa possession.

[2] Siehe hierüber und zu dem Vorhergesagten über die aus Schutzverhältnissen (in die sich Freie mit ihren Gütern begeben hatten) übernommenen und aus andern Feudalzuständen freien Bauergütern aufgezwungenen Erbzinse u. s. w. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Bd. 1, §§. 80—92, und Bd. 2, §. 480 fg.; Möser, Osnabrückische Geschichte, Th. 2, Abschn. 2, §§. 22—24, und Abschn. 3, §§. 13—15; Haggenmüller, Geschichte von Kempten, S. 101, 215; Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §§. 195, 196, 223, 247 Anmerk. 2, 343, 368, 448, 545, 169, 194; desselben Einleitung u. s. w., §. 50 zu Ende, §§. 51, 52 c, 54 fg.; Kindlinger, Geschichte der deutschen Hörigkeit, §§. 2 fg., 15, 16, 42 fg.; Grimm, D. R. A., S. 503, 562; Sommer, Rechtsverhältnisse u. s. w., S. 113; desselben Bauergüter, S. 113, 124; Zimmermann, Geschichte der Bauernkriege, den ganzen ersten Band und die bei diesen Autoren, besonders Mittermaier, angeführte Literatur.

umkehrenden[1] Vermuthung den Berechtigten nur noch viel zu günstig war.[2]

Allein das Gesetz vom 2. März 1850 enthält andere Punkte, die keinem Versuche einer Beschönigung zugänglich und deren kritische Bloßlegung in einem noch engern Zusammenhange mit den von uns untersuchten Principien steht.

Durch Tit. 2, §. 11, desselben werden nämlich auch die ungemessenen Dienste der Ablösung unterworfen.

Die ungemessenen Dienste tragen aber so deutlich den Stempel ihres feudalen Ursprungs auf der Stirn, daß derselbe vom preußischen Gesetzgeber selbst eingestanden worden ist. In dem für die westfälischen, bergischen und hanseatischen Landestheile zur Schlichtung der Zweifel über das, was durch die französische Periode daselbst abgeschafft

---

[1] So sind z. B. im Herzogthum Westfalen die sogenannten Erbzinsgüter dennoch seit je volles Eigenthum der Besitzer (also nicht getheiltes Eigenthum oder Erbzinsgüter im Sinne des Allg. Landrechts am vorher angef. O.); s. Sommer, Bauergüter im Herzogthum Westfalen, §§. 13, 14, 59. Dasselbe gilt von den Erbzinsgütern im Fürstenthum Siegen; s. Schenk, „Statistik von Siegen", §. 54. Ebenso kommen im Eichsfelde unter dem Namen Erbzinsgüter häufig reine Zinsgüter vor; s. Revidirter Entwurf des Provinzialrechts des Eichsfeldes, §. 46, Motive, S. 68 und Acta des Ministeriums des Innern, Regulirungen und Gemeinheitstheilungen Gen., Nr. 9b, Bl. 11 fg., angezogen bei Dönniges, Die Landesculturgesetzgebung Preußens, im höhern Auftrage mit Benutzung amtl. Quellen, Bd. 2, S. 95. Ebenso erscheinen im Fürstenthum Minden unter dem Namen Erbmeier- (Erbpachts-) Güter freie, im vollen Eigenthum befindliche Güter; s. Wigand, Provinzialrecht von Minden, I, 120.

Es läßt sich aber überhaupt kein stichhaltiger Grund absehen, warum der Berechtigte nicht ebenso gut, wie er das Dasein und den Umfang seines Anspruchs zu erweisen hat (vgl. Struckmann in den Beiträgen zum Osnabrück. Eigenthumsrecht, Beitr. 10, S. 28; Reyscher, Würtemberg. Privatrecht, I, 411), auch die Qualität seines Anspruchs erweisen soll, und warum das Gesetz hier, und bei solchen historischen Umständen, eine den allgemeinen Regeln über die Beweislast widersprechende Vermuthung aufstellt, zumal endlich, wo der Erbzins u. s. w. durch Verleihung von Grundstücken entstanden ist, der Berechtigte mindestens in der Regel eine Urkunde darüber besitzen wird, wo er aber etwa durch Misbrauch der Feudalgewalt entstand, ein Revers hierüber vom Feudalherrn freilich nicht ausgestellt wurde!

[2] Schon durch die assemblée législative wurde daher durch Gesetz vom 25./28. Aug. 1792, Art. 1 u. 4, die Vermuthung jenes Gesetzes von 1790 umgekehrt und alle dort für ablöslich erklärten Rechte für unentgeltlich aufgehoben erklärt, wenn nicht bewiesen würde, daß sie in einer Abtretung eines Grundstücks ihren Ursprung haben, welcher Beweis lediglich durch Vorlegung der ursprünglichen „Belehnungs-, Zins- oder Erbverpachtungsurkunde" geführt werden dürfe.

worden sei oder nicht, erlassenen preußischen Gesetze vom 25. September 1820 (Gesetzsammlung, S. 169) heißt es:

§. 3. „Die Leibeigenschaft und Erbunterthänigkeit ist und bleibt mit ihren Folgen aufgehoben."

§. 4. „Zu diesen Folgen werden gerechnet und sind daher aufgehoben: ..... Nr. 4 alle ungemessenen Dienste, wenn sie auch in Rücksicht des Besitzes eines Grundstücks obliegen."

Indem jetzt gleichwol diese Dienste der Ablösung unterworfen wurden, liegt hierin nicht nur eine interessante Probe von dem Fortschritt unserer constitutionellen Periode gegen die Zeit des Absolutismus, sondern noch etwas viel Ernsteres vor.

Die Wissenschaft, deren erste Pflicht schärfstes Denken ist, kann deshalb auch gar nicht auf das Recht verzichten, die Schärfe der Begriffsbestimmungen in der ihr allein entsprechenden Schärfe und Bestimmtheit der Ausdrücke niederzulegen. Es muß hiernach gesagt werden, daß es geradezu nichts anderes war, als ein widerrechtlich am armen Manne zu Gunsten der reichen Grundaristokratie begangener — Raub, wenn das Gesetz für nur ablösbar und also fortbestehend Dienste erklärte, welche vom preußischen Gesetzgeber selbst als „Folgen der Leibeigenschaft und Erbunterthänigkeit" anerkannt worden waren.

Die widerrechtliche Beraubung bestand darin, daß man diese Frohnen trotz ihres feudalen Ursprungs für fortbestehend erklärte in demselben Augenblicke, wo man die prohibitive Wendung des gesammten Rechtsbewußtseins der Zeit gegen jene feudalen Verhältnisse gesetzgeberisch so sehr anerkannte, daß man (s. §§. 2 und 3 des Gesetzes, besonders Nr. 10 und am Schluß) die Fortdauer dieser Verhältnisse als eine unrechtliche abolirte.[1]

Nun erst war die gleichwol decretirte Fortdauer jener Dienste, die entsprungen waren aus Verhältnissen, welche der Gesetzgeber selbst als ein Dasein des Unrechts eingestanden hatte, zu einem wahrhaften Unrecht und zu einer durch keine bona fides mehr gedeckten gewaltsamen Eigenthumsverletzung der ärmern Klasse geworden. Im Mittelalter konnten wenigstens, da das juristische Recht stets nach dem Bewußtsein der Zeit bemessen werden muß, in rechtlicher Weise auf Grund damals geltender Verhältnisse des öffentlichen Rechts feudale Lasten

[1] „— — weil das ganze Ablösungsgesetz, insbesondere aber die §§. 2 und 3 desselben ergeben, daß alle auf dem Grundeigenthum ruhenden Reallasten, die ihre Entstehung in einem feudalen oder gutsherrlichen u. s. w. Nexus gehabt haben, aufgehoben werden sollen". (Erwägungsgründe des 5. Senats des Obertribunals Präj. vom 6. Nov. 1855, Archiv für Rechtsf., XVIII, 277.)

bäuerlichen Gütern und ihren Besitzern auferlegt werden, wenn es auch der historischen Wirklichkeit zufolge meist durch Gewalt, Usurpation und Unterdrückung geschah. Jetzt aber decretirte man den Fortbestand und den Kapitalabkauf dieser Berechtigungen zu einer Zeit, wo man selbst nicht mehr den Glauben an dieses Recht hatte, in demselben Augenblicke, wo vielmehr die Widerrechtlichkeit und Ungültigkeit aller aus feudalem Titel entsprungenen Rechte — vgl. noch Art. 42 der Verfassung vom 31. Jan. 1850[1] — als die gebieterische Vorschrift des allgemeinen Rechtsbewußtseins vom Gesetzgeber selbst proclamirt wurde. Dieser Mangel des Glaubens an sich selbst, die in dem Kapitalabkauf vorliegende Aufrechterhaltung des Rechts gegen den zwingenden Inhalt des eigenen gesetzgeberischen Bewußtseins, macht jenen dennoch verordneten Abkauf zu einer widerrechtlich und wider das eigene Rechtsbewußtsein verordneten Vermögensverletzung der ärmsten Klassen zu Gunsten der adeligen Grundbesitzer, und somit allerdings logisch-consequent zu einem Raube.[2]

Nicht viel anders verhält es sich in Bezug auf die Besitzveränderungsabgaben (Laudemien), von denen in den §§. 36—40 dieses Gesetzes nur die bei Veränderungen in herrschender Hand eintretenden aufgehoben, aber die bei Veränderungen in dienender Hand eintretenden — und bekanntlich ist letzteres die Regel — mit Ausnahme der Gerichtssporteln (§. 39) sämmtlich der Ablösung unterworfen wurden, falls nur die Laudemienpflichtigkeit des Gutes, auch ohne Angabe ihres Rechtsgrundes, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt war. Unmöglich kann von den Laudemien geleugnet werden, daß sie historisch mindestens in den zahlreichsten Fällen in feudaler Weise, nicht als reine Grundabgabe (Reallast) entstanden sind. Gleichwol lassen die §§. 36—40 (und am

---

[1] Lautend: „Aufgehoben ohne Entschädigung sind: 1) die Gerichtsherrlichkeit, die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, sowie die gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte und Privilegien; 2) die aus diesen Befugnissen, aus der Schutzherrlichkeit, der frühern Erbunterthänigkeit, der frühern Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen."

[2] Diese Kritik läßt sich natürlich nicht auf solche Ablösungen von ungemessenen Diensten anwenden, welche z. B. in Preußen in der Gesetzgebungsperiode von 1810 und den folgenden Jahren angeordnet wurden. Damals traten diese Maßregeln als ein merum beneficium zur zweckmäßigen Verbesserung der Lage der ländlichen Bevölkerung ein, ohne einem prohibitiven Rechtsbewußtsein des Gesetzgebers entflossen zu sein. Damals wurde daher auch nicht die unentgeltliche Aufhebung der feudalherrlichen Lasten als gesetzgeberische Rechtsanschauung proclamirt. Daß dies 1850 geschah und gegen diese vom Gesetzgeber selbst (durch Verfassung wie Gesetz) verkündete Prohibition des allgemeinen Rechtsbewußtseins die Ablösung verfügt wurde, ist es, was die obige Kritik begründet.

klarsten der Schluß des §. 3 des Gesetzes, vgl. mit §. 39) keinen Zweifel darüber, daß in Bezug auf die Landemien dem bäuerlichen Besitzer selbst der Gegenbeweis der feudalen Entstehung abgeschnitten ist.

Endlich ist bei diesem Gesetz noch Folgendes in Betracht zu ziehen. Sogar die französische Constituirende Versammlung hatte, wie wir gesehen haben, nur die Unablöslichkeit jener auf Grund einer Bodenverleihung entstandenen Lasten, weil der Freiheit des Bodens und des Individuums widersprechend, aufgehoben. Sie hatte in richtiger Consequenz dessen nicht mehr aufgehoben, als durch den prohibitiven Inhalt des Bewußtseins aufzuheben geboten war, nämlich die Zwangsbestimmung der Unablöslichkeit. Sie hatte daher diese Rechte nur für ablöslich erklärt (rachetables) und diese Befugniß in die freie Wahl der Verpflichteten gestellt.[1]

In zwingender Weise dagegen trat das Gesetz vom 2. März 1850 auf. Es stellte (s. §. 64, 94 und das Gesetz über die Rentenbank vom selben Tage) die Forderung der Ablösung nicht blos in die Wahl der Verpflichteten, sondern ebenso auch in die der Berechtigten, und machte so den Kapitalabkauf der Dienste und Leistungen aus einer freien Wahl zu einer unfreiwilligen Pflicht, statt zu einer Consequenz der persönlichen Freiheit der Verpflichteten zu einem Zwange für dieselben. Es hätte sich dies Gesetz statt Gesetz über die „Ablösbarkeit", richtiger als ein Gesetz über Ablösungszwang charakterisiren sollen. Fragt man sich, wie dies zur Zeit höchster Reaction so auffällige, die französische revolutionäre Versammlung noch weit hinter sich lassende zwingende Auftreten zu Gunsten der persönlichen Freiheit zu verstehen und zu erklären sei, so bietet sich darauf als Antwort in einleuchtender Analogie die Motivirung, mit welcher sogar jetzt unter einem liberalen Ministerium der den Kammern vorgelegte Entwurf zur Aufhebung und Entschädigung der Grundsteuerfreiheit[2] ausdrücklich versehen ist. Die Regierung — heißt es hier — hofft hierdurch: „eine Frage zur befriedigenden Lösung zu bringen, welche, wenn letztere nicht bald erfolgt, einer weniger rücksichtsvollen Behandlung unaufhaltsam entgegeneilt".

Der Feudalgeist fühlt die ihm so knapp zugemessene Zeit — und greift schnell noch mit beiden Händen von neuem in die Taschen des Volkes, um noch vor dem Hahnenschrei durch eine neue Gewalt seinen feudalen Besitz in bürgerlichen zu verwandeln![3]

---

[1] Siehe den Rapport von Tronchet, vom 28. März 1790, T. XVI des proc. verb. de l'Assemblée. Ebenso z. B. die hannoversche Ablösungsordnung von 1833.

[2] In der Session von 1859—60.

[3] Kann es wundern, wenn ein Gesetz von den Tribunalen in dem Geiste

Kehren wir nunmehr von dieser Kritik des Gesetzes vom 2. März 1850 zu dem oben entwickelten begrifflichen Unterschied zurück. Wir haben in demselben ein ebenso unangreifbares als leicht anzuwendendes Princip gefunden, nach welchem jetzt überall mit vollständiger Sicherheit zu bestimmen ist, wo Entschädigung, resp. Umwandlung und Ablösung einzutreten hat und wo nicht.

---

interpretirt wird, in welchem es erlassen worden? Das Obertribunal hat dies reichlich gethan. So konnte zwar nicht geleugnet werden, daß die unter der Benennung „Geschoß" und „Erbgeschoß" vorkommende Abgabe aus den frühern schutzherrlichen Rechten, insbesondere aus der Gerichtsherrlichkeit herzuleiten und daher unentgeltlich aufgehoben sei (Präj. des Obertrib. vom 10. Dec. 1853 und vom 3. Juli 1855; Entscheidungen, XXVII, 272, und Zeitschr. des Revisionscoll., IX, 55), aber das Obertribunal brachte gleichwol fertig zu erklären, daß wenn nur die — von den Berechtigten selbst herrührenden — Quittungen eine Abgabe als Geschoß, Geschoßgeld, Geschoßzins u. s. w. bezeichnen, hieraus für sich allein die Entstehung der Abgabe aus einem schutzherrlichen, gutsherrlichen oder grundherrlichen Rechte oder ihre steuerartige Natur nicht herzuleiten sei (Präj. des Obertrib. II. Sen. vom 29. Jan. 1856; Arch. für Rechtsf., XX, 95), obgleich schon durch ein Urth. vom 16. Oct. 1847 (Entscheidungen, XVI, 264) das Obertribunal die Steuernatur des „Geschoß" nachgewiesen hatte; vgl. das schon bezogene gründlich motivirte Erkenntniß vom 10. Dec. 1853. — Der §. 3, Nr. 8 des Gesetzes, hatte die unentgeltliche Aufhebung der zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und ihrer Beamten bestimmten Dienste ausgesprochen. Aber trotz des offenbar herrenschaftlichen Ursprungs derselben und trotz der im §. 3 verfügten Aufhebung aller so entstandenen „Abgaben und Leistungen" brachte der zweite Senat des Obertribunals fertig, zu erklären, daß die Abgaben, in welche solche Dienste erweislich umgewandelt worden, nicht aufgehoben seien (Präj. vom 21. März 1854, Entscheid., XXVIII, 261), obwol der fünfte Senat des Obertribunals sehr richtig erwägt: „daß sich kein Grund denken läßt, aus welchem der Gesetzgeber, welcher die aus dem Jagdrecht originirenden Dienste und Leistungen unentgeltlich aufhebt, die aus gleichem Grunde entstandenen Abgaben fortbestehen zu lassen bezweckt haben sollte, da der reprobirte Verpflichtungsgrund zu einer solchen Reallast derselbe bleibt, ob die Dienste in Natur geleistet werden, oder ob sie durch Vertrag oder Herkommen in eine Geldrente umgewandelt worden sind" (Präj. vom 6. Nov. 1855; Arch. für Rechtsf., XVIII, 278), und obwol bereits durch Urtheil des Obertribunals vom 15. Juni 1852 (Arch. für Rechtsf., VII, 219) dasselbe entschieden worden war. — Die Entscheidung des zweiten Senats des königl. Obertribunals (vom 22. April 1852), daß das Gesetz vom 2. März 1850 auf die in den ehemals französisch-hanseatischen Landestheilen auf drei Vererbungsfälle geschlossenen Erbpachten nicht anwendbar sei, hat bereits bei Gierse, „Ueber die Natur der münsterschen Erbpächte" u. s. w., und in der preuß. Gerichtszeitung, 1859, Nr. 53, ihre genügende Kritik gefunden.

Man beschuldige diese und andere Entscheidungen der Nichtübereinstimmung mit dem Gesetz so viel man will. In dem „Geiste" des Gesetzes hat das Obertribunal jedenfalls entschieden!

Handelt es sich z. B. um Aufhebung der Leibeigenschaft, so kann von einer Ablösung nicht die Rede sein, weil hier aus diesem Rechtsgrunde — persönliche Oberherrlichkeit über Menschen — überhaupt kein Recht mehr nach dem gegenwärtigen Bewußtsein bestehen kann. Es ändert gar nichts, wenn der Leibeigene durch Kauf erworben wäre; denn es kann dabei nur ankommen auf das Recht des ursprünglichen Besitzers. Kein Verkäufer kann größere Rechte übertragen, als er selber hat, und jeder Titel geht über mit der Caducität, die ihm anklebt, insbesondere also mit der Caducität vor dem spätern prohibitiven Gesetz. Dasselbe Resultat ergibt sich übrigens auch nach unserer Formulirung des Grundsatzes, wenn man nur auf den letzten Ankauf sieht. Kauf an sich ist noch ein gültiger Rechtsgrund, aus welchem Rechte entstehen können. Aber an diesem Rechtsobject — dem Menschen — sollen aus diesem Rechtsgrund keine Rechte mehr entstehen können, Menschen nicht käuflich sein, und es ist daher die Prohibition die totale, keine Umwandlung zulassende, da kein Recht mehr fortexistirt, welches den Grund derselben abgeben könnte.

Oder es handelt sich um Aufhebung der Jagdgerechtigkeit.

Im allgemeinen ist dies Recht von feudal-gutsherrlichem Ursprunge und insoweit daher infolge der das Hervorgehen von Rechten aus diesem Rechtsgrund prohibirenden Anschauung des Rechtsbewußtseins absolut abrogirt. Daß diese ursprünglich feudale Gerechtigkeit später durch käuflichen Titel übertragen worden sei, bleibt ein leeres Gerede, das die Natur der Sache nicht ändert, da hier wie überall der Titel durch seine Uebertragung keine größere Gültigkeit empfangen kann, als ihm ursprünglich zukam, und der Eigenthümer jedes Recht, wie jede Sache, immer auf Gefahr des Unterganges kauft.

Dagegen macht es die Unparteilichkeit der Wissenschaft allerdings zur Pflicht, zu bemerken, daß, da einerseits, wie selten auch diese Voraussetzung eintreffen möchte, möglicherweise doch auch ursprünglich eine Jagdgerechtigkeit auf einen entgeltlichen, nicht-feudalen Titel vom Grundeigenthümer dem Jagdberechtigten constituirt sein konnte, und da andererseits das Jagdgesetz vom 31. Oct. 1848 selbst in seinem §. 2 nicht jede Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden, sondern solche nur in der Form eines dinglichen Rechts prohibirt[1], aus diesen Gründen das bezogene Gesetz der preußischen Nationalversammlung vom 31. Oct. 1848 zwar die unentgeltliche Aufhebung des aus herren-

[1] §. 2: „Eine Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden", weshalb dann auch durch das Gesetz vom 7. März 1850 unter besondern Bedingungen Verpachtungen der Jagd zugelassen wurden.

schaftlichen Rechten hervorgegangenen Jagdrechts und die gesetzliche Vermuthung dieses Ursprungs für alle Jagdgerechtigkeiten hätte aussprechen, zugleich aber auch den Gegenbeweis entgeltlicher Veräußerung durch den Bodeneigenthümer hätte zulassen und in diesem Falle die Ablösung verordnen müssen. Nur genau so weit kann der Einwurf gegen jenes Gesetz getrieben werden. Denn dies freilich läßt sich nach der oben auseinandergesetzten begrifflichen Natur der Sache nicht absehen, warum selbst insoweit und in Bezug auf die Form, in welcher Jagdrecht auch nach dem neuen Gesetze noch sollte neu entstehen können, dasselbe in Bezug auf früher geschlossene Verträge ohne Umwandlung und Ablösung unterdrückt sein sollte. — Hierbei mag übrigens noch genau hervorgehoben werden, daß diese Ablösung da nicht einzutreten hatte, wo früher von seiten eines Gutsherrn einem bäuerlichen Besitzer ursprünglich ein Grundstück mit Vorbehalt der Jagdgerechtigkeit abgetreten worden war. Denn dieser Vorbehalt war ein in der Feudalzeit schon den Verhältnissen der Gutsoberherrlichkeit und des öffentlichen Rechts entflossener und deshalb diese Trennung, als jetzt gänzlich von dem jetzigen Bewußtsein prohibirt, von nun an wirkungslos in sich zusammengesunken. Nur wo nachweislich das Bodeneigenthum des bäuerlichen Besitzers der Abtretung der Jagdgerechtigkeit durch ihn vorhergegangen, diese somit von ihm selbst besessen und durch einen freien Willenscontract veräußert worden war — oder wo zwar ursprünglich bei der Abtretung des Eigenthums die Jagdgerechtigkeit vorbehalten, diese Veräußerung aber zwischen Rechtsgleichen (adeligen Grundherren oder Bauern unter sich) und also ohne Einfluß des öffentlichen Rechts geschehen war[1] —, nur da durfte und mußte Ablösung eintreten.

Umsonst würde man sich gegen diese Kritik unserer obigen Formel zu Gunsten dieses Gesetzes bedienen und etwa sagen wollen: Aus diesem Rechtsgrund — Kauf — können allerdings noch Rechte hervorgehen, aber nicht mehr auf dieses Rechtsobject — Wild auf fremdem Acker —, und die Aufhebung ohne Entschädigung ist daher in allen Fällen gerechtfertigt. Die Antwort darauf liegt in dem bereits hervorgehobenen Momente, daß auch nach dem Gesetze vom 31. Oct. das Jagdrecht nur als dingliches Recht ausgeschlossen worden ist, nicht aber als persönliches Pachtrecht, in welcher Form es vielmehr zugelassen wird unter Be-

[1] Ganz angemessen bestimmt daher z. B., offenbar durch diesen Gedankengang geleitet, das Gesetz der französischen Nationalversammlung vom 15. März 1790 in Tit. 2, Art. 24: „Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables: 1) Les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite entre une communauté d'habitants et un *particulier non seigneur*."

dingungen, die dann durch das Gesetz vom 7. März 1850 näher festgestellt worden sind. Nun stellt aber Pachtung gleichfalls einen Kauf dar, nämlich einen Kauf der Nutzungen auf bestimmte Jahre, und es ist also z. B. nicht abzusehen, warum die Jagdgerechtigkeit, unter den oben erörterten Voraussetzungen ihrer Entstehung, wenn die sonstigen Bedingungen des Gesetzes vom 7. März 1850 vorliegen, nicht in ein Pachtrecht auf die in §. 10 desselben vorgeschriebene längste Dauer von 12 Jahren übergegangen oder in anderer Weise abgelöst worden ist. Es wurde also mehr prohibirt, als durch den Inhalt des gesetzgeberischen Bewußtseins selbst zu prohibiren gefordert wurde.[1]

Setzen wir nun, in unserer Musterung der Fälle fortfahrend, in welchen Entschädigung, d. h. Umwandlung, eintreten und nicht eintreten darf, es handle sich um die Aufhebung von Grundsteuerfreiheit gewisser Klassen von Grundbesitzern. Die prohibitive Anschauung des Rechtsbewußtseins ist hier die: Vorrechte sollen nicht sein. Rechtsgrund und Inhalt des Rechts ist also gleichmäßig aufs stärkste von jeder Fortwirkung ausgeschlossen. Was also einzutreten hat, ist nichts als sofortiges Weichen des Rechts selbst und durchaus nicht eine formelle Umwandlung desselben. Eine solche aber und somit nicht eine Aufhebung, sondern gerade eine fortgesetzte Anerkennung und perpetuirlich gemachte Fortwirkung des durch das Rechtsbewußtsein des Volkes aufgehobenen Vorrechts, würde die Entschädigung, wie wir gesehen haben, nothwendig darstellen. Der Einwurf, die betreffenden Güter seien nicht blos ererbt, sondern auch käuflich erworben und in diesem Falle nach dem Reinertrage mit Berücksichtigung ihrer Steuerfreiheit bezahlt, sodaß diese die Natur wahren Eigenthums annehme, bleibt ein widerwärtig leeres Gerede. Das Vorrecht der Steuerfreiheit läßt sich auf länger, als der Staat es anerkennt, um gar nichts gültiger von seinem ersten Inhaber kaufen, als von ihm erben. Der Verkäufer hat das Gut nur so verkauft, wie er es selbst besessen, mit dem Vorrecht der Steuerfreiheit bis zum Tage des prohibitiven Gesetzes. Wurde ein Recht mitgekauft, welches jetzt zu Grunde gegangen ist, so gilt der alte Grundsatz alles Eigenthumsrechts: res perit domino. —

---

[1] Wenn diese Kritik im Interesse der strengen Unparteilichkeit, welche die Pflicht wissenschaftlicher Theorie ist, geübt wurde, so erhellt von selbst, daß aus der Nichtbeachtung dieses theoretischen Unterschiedes im gewaltigsten Drange praktischer Ereignisse der Nationalversammlung von 1848 keinerlei Vorwurf entstehen kann, und um so weniger, als dieser Unterschied eben nur eine mehr theoretische Bedeutung hat und schwerlich irgend zahlreiche Fälle der Art vorlagen, in welchen nach den obigen Auseinandersetzungen die Ablösung wirklich hätte eintreten müssen, der Jurist aber, wie bereits das römische Rechtsadagio sagt, hauptsächlich auf das sieht, quod plerumque fit. —

Der Zinsvertrag stellt gewiß ein wahrhaft erworbenes Recht dar. Dennoch hat man, wenn z. B. Justinian, die preußische Regierung und andere Gesetzgeber Gesetze über ein Zinsmaximum mit Einwirkung auf die bereits bestehenden Verträge erließen und diese somit auf die Höhe des jetzt noch erlaubten Zinssatzes reducirt waren, noch nie gehört, daß die Gläubiger sich herausgenommen hätten, vom Staate eine Entschädigung für den Betrag der entzogenen Zinsen zu fordern, eine Entschädigung, die ja wiederum nur in der Entrichtung dieser vom Gesetz verbotenen Zinsen hätte bestehen können. Wenn aber hier, im reinen Privatrecht, an welches hierbei nur als argumentum a fortiori erinnert wurde, die jedem Vertrage von Haus aus anklebende Caducität vor dem spätern Prohibitivgesetz bisher noch Schwierigkeiten machen konnte, die erst vor einer vollständig entwickelten Theorie verschwinden können, so konnten im Oeffentlichen Rechte solche Schwierigkeiten doch auch nicht einmal mit dem leisesten Anschein erhoben werden.

Endlich gar noch der Steuer gegenüber mußte jedermann wissen, daß kein das Recht der Staatssouveränetät, Leistungen für das öffentliche Wesen zu begehren, in perpetuum ausschließendes Recht auch nur denkbar sei, und daß daher alle Steuerfreiheit nur die Natur eines zeitweiligen Vortheils haben könne. Es war am Käufer, die Größe desselben und sein mögliches Ende bei dem Ankaufe zu veranschlagen, ohne daß die etwaige Unterlassung hiervon für den Staat eine Verpflichtung schaffen kann. — Wenn somit der angebliche von der Zugrundelegung des steuerfreien Reinertrags bei dem Kaufe hergeleitete Grund nach allen Seiten hin von einer so durch und durch unjuristischen und völlig sinnlosen Natur ist, wie selten ein Grund, der jemals in einer ernsten Frage angerufen wurde, so nimmt derselbe durch eine andere Betrachtung noch dazu die Gestalt der monstruosesten Absurdität an. Vermöchte jener Grund nämlich irgendetwas zu beweisen, so bewiese er in seiner Consequenz nichts Geringeres als ein erworbenes Recht auf die quantitative Unveränderlichkeit aller Steuer. Alle Grundstücke werden mit Zugrundelegung ihres Reinertrags und somit stets mit Berücksichtigung ihrer zeitigen Grundsteuerlast gekauft. Wird also die Grundsteuer vom Staate erhöht, ohne daß — was bisher noch nie und nirgends bei solchem Anlaß geschah und auch bei den gegenwärtigen Steuerverhältnissen nicht einmal möglich ist — die Steuer auf das mobile Kapital, und zwar auf alle Arten, in denen mobiles Kapital angelegt sein und existiren kann, genau in demselben Verhältniß erhöht wird, so kann es sich unter Umständen sehr wohl fügen, daß hierdurch eine Verminderung des Reinertrags der angekauften Güter im Vergleich zu dem Ertrag eintritt, welchen der auf sie angelegte Kapitalkaufpreis weiter abgeworfen haben würde. Der Staat wäre daher auch nicht zur Erhöhung der

Grundsteuer berechtigt über die Quote hinaus, bei deren zeitigem Bestehen gekauft worden ist. Noch mehr! Der Reinertrag der Grundstücke oder die Grundrente beruht auf dem Preis des Getreides, und dieser hat zu seinem Regulator das Maximum des Kostenpreises, zu welchem sich eine Nation das ihr nöthige Getreide auf eigenen Aeckern erzeugen oder von fremden Ländern beschaffen muß. Durch eine Herunterſetzung oder Aufhebung der in einem Staate bestehenden Getreideeinfuhrzölle wird daher stets und unvermeidlich der Reinertrag der Grundstücke vermindert. Der Staat hätte daher wegen der zur Zeit dieser Einfuhrzölle und mit Zugrundelegung des unter ihnen bestehenden Reinertrags geschehenen Ankäufe von Grundstücken keinerlei Recht, auch nur die Einfuhrzölle auf Getreide aufzuheben oder zu vermindern; oder aber er müßte die Grundbesitzer für diese Aufhebung der Zölle durch Auszahlung eines Kapitals entschädigen, dessen Zinsen ganz oder annähernd das Aequivalent des durch den jetzt verminderten Getreidepreis fortgefallenen Grundrentenbetrages darzustellen hätten. — In der That haben sich die englischen Tories aus jenem Interesse lange genug der Aufhebung der Getreidezölle in England widersetzt. Aber sie haben das in Form der Behauptung gethan, daß durch diese Zollaufhebung die Ackerbauinteressen des gesammten Landes litten. Und als durch das öffentliche Bewußtsein die Zollaufhebung einmal unwiderruflich beschlossen war, so haben sie nicht die Schamlosigkeit gehabt, eine Kapitalentschädigung von der Nation zur Deckung ihrer Revenuenausfälle zu verlangen und sich aus ihren jetzt unspeculativ gewordenen Güterankäufen ein Ersatzrecht gegen den öffentlichen Geist zu drehen. Nicht genug hiermit. Da, wie gesagt, die Grundrente sich durch den Kostenpreis des Getreides auf dem unergiebigsten Acker regelt, den eine Nation zur Gewinnung des erforderlichen Vorraths noch bebauen muß, so würde der Staat, falls er zu der Ueberzeugung käme, daß die Aecker schlechtester Klasse unrechtmäßig oder zu hoch besteuert sind, nicht einmal die Befugniß haben, dies eingesehene Unrecht zu ändern und die Steuer auf diesen Aeckern zu ermäßigen oder aufzuheben, oder er müßte dieses Recht erst den Grundbesitzern der andern Ackerklassen durch eine Kapitalsumme abkaufen, da ja durch eine Ermäßigung oder Abschaffung jener Steuer auf den schlechtesten Aeckern gleichfalls der bei den bisherigen Ankäufen von Aeckern besserer Klasse gekaufte Reinertrag sich schmälern würde.

Der letzte und wahre Sinn jenes Entschädigungsanspruchs ist, wie wir somit von allen Seiten sehen, gar kein anderer als der, daß es überhaupt kein Oeffentliches Recht gibt, sondern daß alles Oeffentliche Recht nur das Privateigenthum einer besitzenden Klasse ist, von welcher jede Erlaubniß zur Fortentwickelung vom Staate losgekauft werden muß.

Wenn also dennoch Entschädigung für Aufhebung der Grundsteuerfreiheit von Rittergütern bewilligt wird, so tritt hier, da dies Vorrecht durch das prohibitive Rechtsbewußtsein der Zeit seiner Substanz nach vernichtet und somit nichts von ihm übrig geblieben ist, was entschädigt, umgewandelt oder abgelöst werden könnte, auf das stärkste ein, was schon oben (S. 187 fg.) nachgewiesen wurde. Eine solche Entschädigung ist, da nichts Abzulösendes mehr existirt, keine Ablösung, sondern sie stellt einen Tribut dar, welchen ein Volk einer herrschenden und gerade dadurch als herrschend anerkannten Klasse entrichtet, um von dieser ein — partielles — Recht auf die Fortentwickelung des öffentlichen Geistes zu erkaufen. Der Widerspruch ist hier der ungeheuere und kategorische, weil zu gleicher Zeit die prohibitive Aufhebung des Standesvorrechts durch das gesetzgeberische Bewußtsein selbst und zu gleicher Zeit wieder, diesen ersten Satz vernichtend, in jenem Tribut vielmehr das Herrschaftsrecht der bevorrechteten Klasse proclamirt und seine Anerkennung dem Volke zugemuthet wird! Es wird sogar dadurch das Vorrecht aus einem zeitigen nun erst in ein definitives und perpetuelles verwandelt, da natürlich das für die Ablösung der Steuerfreiheit gewährte Kapital in seinen perpetuellen Zinsen für immer das Aequivalent der Steuerfreiheit sichert, die bis dahin nur zeitig bestand. Ein solcher Vorschlag stellt daher eine kategorische Empörung gegen die Logik selber dar, und muß deshalb wieder eine Empörung jedes unbefangenen Rechtssinnes zur Folge haben.

Wenn eine Staatsregierung — wie dies während der Niederschreibung dieser Zeilen[1] von der preußischen Staatsregierung angekündigt worden ist — die unbegreifliche Schwäche hat, einen solchen Vorschlag zu machen, so verzichtet sie dabei grundsätzlich auf das Souveränetätsrecht des Staates, und wenn eine Kammer pflichtvergessen genug sein könnte, aus Rücksicht auf diese Schwäche auf einen solchen Vorschlag einzugehen[2],

---

[1] Winter 1859.

[2] Das oben Entwickelte ist eine bloße Folge der rein allgemeinen, in dieser Materie herrschenden Grundsätze. Noch viel widerrechtlicher und schlimmer aber verhält sich ein solcher Vorschlag in Preußen, weil hier schon durch das Gesetz vom 27. Oct. 1810 über die Abgabeneinrichtung und die Finanzen des Staats die unentgeltliche Aufhebung der adeligen Grundsteuerfreiheit gesetzlich verfügt worden ist. Es heißt in diesem Gesetze: „Auf dem kürzesten Wege wird daher auch ein neues Kataster angelegt werden, um die Grundsteuer danach zu bestimmen. Unsere Absicht ist hierbei keineswegs auf eine Vermehrung der bisher aufgekommenen gerichtet; nur auf eine gleiche und verhältnißmäßige Vertheilung auf alle Grundsteuerpflichtigen. Jedoch sollen alle Exemtionen wegfallen, die weder mit der natürlichen Gerechtigkeit (!!), noch mit dem Geist der Verwaltung in andern Staaten (sic!) länger vereinbar sind.

so würde sie wenigstens weit logischer handeln, gleich geradezu die Hörigkeit des Volkes von den adeligen Grundbesitzern neu zu proclamiren![1]

Wir wenden uns von dieser Entwickelung des begrifflichen Unterschiedes, wo die bloße Aufhebung und wo die Umwandlung oder Ablösung bestehender Rechte durch prohibitive Gesetze geboten sei, zu unserer Hauptuntersuchung selbst zurück.

Wir haben bisher nachgewiesen, daß und weshalb prohibitive Gesetze, welche ein früheres Recht als unerlaubt aus der Rechtssphäre ausschließen, ohne jede Rückwirkung und ohne jede Beeinträchtigung der

Die bisjetzt von der Grundsteuer befreit gebliebenen Grundstücke sollen also ohne Ausnahme damit belegt werden und Wir wollen, daß es auch in Absicht auf unsere eigenen Domanialbesitzungen geschieht. Wir hoffen, daß diejenigen, auf welche diese Maßregel Anwendung findet, sich damit beruhigen werden, daß künftig der Vorwurf sie nicht weiter treffen kann, daß sie sich auf Kosten ihrer Mitunterthanen öffentlichen Lasten entziehen, sowie mit den Betrachtungen: daß die von ihnen künftig zu entrichtenden Grundsteuern dem Aufwande nicht gleichkommen, den sie haben würden, wenn man die ursprünglich auf ihren Gütern haftenden Ritterdienstverpflichtungen von ihnen forderte, für welche die bisherigen ganz unverhältnißmäßigen Abgaben gegen die Grundsteuer wegfallen."

So sprach das Gesetz schon 1810! Dieses Gesetz wurde nie aufgehoben und nur seine Ausführung wußte der Adel zu verhindern. Schon 1810 bestand die Grundsteuerfreiheit, wie das Gesetz ausdrücklich anerkennt, „gegen die natürliche Gerechtigkeit". Seitdem besteht sie auch, nun funfzig Jahre hindurch, gegen das Gesetz, das sie ausdrücklich unentgeltlich aufhob und dessen Grundsätze überall mit den oben entwickelten übereinstimmen. Wenn es nicht überraschen kann, daß die von Friedrich Wilhelm III. ausgesprochene utopische Hoffnung, daß sich die Betroffenen durch den Hinweis auf ihr rechtliches Gewissen beruhigen würden, an dem für Recht und Gewissen tauben, ewiger Ausbeutungswuth dahingegebenen Geiste der Aristokratie zu Schanden werden mußte, so muß es dagegen wahrhaft und aufs höchste überraschen, wenn eine Regierung, welche die constitutionelle Fahne tragen will, die Widerrechtlichkeit auf sich nimmt, für ein gegen die „natürliche Gerechtigkeit" und seit funfzig Jahren auch gegen das Gesetz gehendes abgeschafftes Vorrecht jetzt eine Entschädigung zu beantragen und so allem Volke deutlich zu beweisen wagt, wie wir mit allem Verfassungsgerede noch lange nicht einmal auf der Höhe des freisinnigen Absolutismus wieder angelangt sind.

[1] Man kennt übrigens das Schicksal, das dieser in der Session 1859/60 von dem Ministerium vorgelegte Entschädigungsgesetzentwurf seitdem gehabt hat. Von der Zweiten Kammer angenommen, wurde er es selbstredend auch, natürlich mit der Miene einer heroischen Opferwilligkeit (!), vom Herrenhause, darauf aber vom Ministerium deshalb zurückgezogen, weil diese Vorlage connex mit einer andern über die Grundsteuerausgleichung der verschiedenen Provinzen gewesen war, die der Grundaristokratie nicht „Opfer" dieser Art auferlegt hatte und deshalb vom Herrenhause verworfen worden war.

rechtlichen Willensfreiheit und des Grundsatzes von der Festigkeit erworbener Rechte, auch auf die bestehenden Verträge eingreifen und dem jetzt als unerlaubt gesetzten Rechtsinhalt sofort jede Fortexistenz entziehen müssen.

Nunmehr müssen wir jedoch auch noch die begriffliche Schranke entwickeln, innerhalb welcher allein das Gesagte Gültigkeit hat. Es wird also jetzt zu zeigen sein, wann prohibitive Gesetze die angegebene Wirkung haben müssen, und wann sie sie nicht haben dürfen, ohne sich mit Rückwirkung zu beflecken.

Der Nachweis dieses Unterschiedes wird aber das bisher Entwickelte in keiner Weise umstoßen, da er nur die ausdrückliche Heraushebung dessen sein wird, was bisher stillschweigend vorausgesetzt wurde.

Er wird vielmehr einerseits auch das Bisherige durch die Entwickelung der einzigen Schranke, welche für die sofortige Einwirkung zwingender Gesetze auf bestehende Rechtsverhältnisse existirt, durch noch tiefere Begründung erst völlig sicher stellen und unanfechtbar machen, andererseits jeden Misbrauch des entwickelten Gesetzes verhüten und die Wahrheit unserer Theorie gerade durch die Hindurchführung durch ihren begrifflichen Unterschied erst zur letzten Evidenz bringen.

Nachdem wir also bisher nur im allgemeinen gesehen, daß prohibitive Gesetze sofort einwirken müssen, handelt es sich jetzt darum, das genaue begriffliche Gesetz zu entwickeln, wann und wann nicht Prohibitivgesetze diese Wirkung haben dürfen.

Savigny verwirft bekanntlich durchaus die Einwirkung der Prohibitivgesetze auf frühere Verträge.[1]

Und merkwürdigerweise ist es gerade der von Savigny seiner Theorie zu Grunde gelegte Gedanke, welcher, wenn er in seiner wahren Bedeutung erfaßt wird, Grenze und Grund angibt, in welchen Fällen prohibitive Gesetze sofort eingreifen dürfen und in welchen nicht!

Savigny selbst ist diese wahre Natur und Bedeutung des ihn treibenden Gedankens verhüllt geblieben. Und sie mußte ihm verhüllt bleiben, weil Savigny in diesem Gedanken, welcher gerade nur die aus dem Begriffe sich ergebende Folgerung für die specielle Frage der Einwirkung von Prohibitivgesetzen in sich enthält, misverständlichweise das Hauptgesetz für die gesammte Rückwirkungsmaterie, d. h. für die gesammte Frage der zeitlichen Collision der Gesetze erblicken wollte.

Aus dieser falschen Stellung gingen dann nothwendigerweise sowol

[1] Z. B. VIII, 436: „— — sodaß die nicht selten aufgestellte Behauptung verworfen werden muß, nach welcher neue Prohibitivgesetze die Natur der früher geschlossenen Verträge sollen umändern können" u. s. w.

die praktisch-falschen Folgerungen hervor, die Savigny aus jenem Gedanken zog, als auch die nicht-begriffliche und schiefe Auffassung und die weder erschöpfende und kategorische noch richtige Entwickelung, zu welcher bei Savigny in seiner Formel vom Erwerb und vom Dasein der Rechte sich dieser in ihm arbeitende Gedanke verkümmert hat.

Dennoch wird es für jeden Denkenden klar sein, daß das Nachfolgende nur den in seinen eigenen Begriff erhobenen, nur den zu seiner eigenen Wahrheit gebrachten in Savigny thätigen Gedanken darstellt.

Das Gesetz, welches wir hier zu entwickeln haben und von dem wir später zeigen werden, wie es mit immanenter Nothwendigkeit aus dem von uns aufgestellten Begriffe der Nichtrückwirkung herfließt, ist folgendes.

Alle prohibitiven oder zwingenden Gesetze, so vielfach verschiedenen Inhalts sie auch sein mögen, können immer nur von zweierlei Art sein.

Sie können entweder bestimmen, daß ein bisher bestehendes bestimmtes Recht (Rechtsinhalt) überhaupt nicht mehr Eigenthum[1] des Individuums sein und durch keinerlei Willenshandlung dazu gemacht werden könne.[2]

---

[1] Es erhellt von selbst, daß wir dies Wort hier nicht in dem engen Sinne des dinglichen Eigenthums nehmen, sondern in jenem allgemeinern, in welchem Alles Eigenthum des Individuums genannt werden muß, was der ausschließenden Herrschaft eines individuellen Willens unterworfen werden kann; also in dem Sinne, in welchem das Allg. Landrecht das Eigenthum definirt, Thl. I, Tit. 8, §. 1: „Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen." — Wir würden den Ausdruck „Vermögensrechte" anwenden, welcher gleichfalls ebenso dingliche wie obligatorische Rechte in sich schließt, wenn nicht Vermögensrechte blos Ansprüche materieller Natur bezeichneten, während, wie z. B. im Familienrecht, Eherecht u. s. w., auch Rechte ideeller Natur, die der väterlichen, eheherrlichen, hausherrlichen und der Personengewalt überhaupt entfließen, der ausschließenden Herrschaft des individuellen Willens unterworfen sein könnten.

[2] Es ist also hier von Gesetzen die Rede, welche einen Rechtsinhalt, um an eine römische Eintheilung zu erinnern, *extra nostrum patrimonium* erklären. Denn es ist klar, daß die obige Unterscheidung auf demselben Gedanken beruht, welcher der römischen Eintheilung der Sachen in res quae in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur (Gajus, II, 1—11. Inst. de rerum divis., II, 1. D. de divis. rer. et qual., I, 8) zu Grunde liegt, nur daß diese von den Römern nur auf körperliche Sachen angewendete Eintheilung, analog der schon im Landrecht (s. die vorige Note) vorliegenden Erweiterung des Eigenthumsbegriffs, hier auch auf die persönlichen Rechte ausgedehnt worden ist. Die Eintheilung der Sachen in res quae in patrim. vel extra nostr. patr. habentur

Oder aber sie können das bestimmte Recht als ein solches, das Eigenthum des Individuums sein und dazu gemacht werden kann, fortbestehen lassen und nur die Frage betreffen, in welcher Form und unter welchen Bedingungen die Verbindung des Individuums mit dem Inhalte dieses Rechts erfolgen muß, um rechtmäßig und gültig zu sein.

Prohibitivgesetze der ersten Art, welche also verneinen[1], daß ein Rechtsinhalt überhaupt noch vom Individuum zu seinem Eigenthum gemacht, seinem Privatwillen unterworfen werden könne (also Gesetze, welche einen Rechtsinhalt extra nostrum patrimonium erklären, s. Note 1), müssen sofort auf alle bestehenden Verträge und um so mehr auf alle andern Rechtsverhältnisse einwirken.

Prohibitivgesetze der zweiten Art, welche ohne die Fähigkeit eines Rechts, zum individuellen Eigenthum gemacht zu werden, aufzuheben, blos jene Rechtsregeln betreffen, welche bestimmen, in welcher Form von Willenshandlungen und unter welchen Bedingungen derselben die Verbindung des Individuums mit jenem Recht erfolgen muß, um es zu seinem Eigenthum zu machen, dürfen niemals auf bestehende, durch individuelle Willensaction vermittelte Rechtsverhältnisse einwirken.[2]

---

ist übrigens wieder identisch mit der Eintheilung in res quae in commercio und quae extra commercium sunt, worüber am Ende dieses Paragraphen.

[1] Auf die Ausdrucksform des Gesetzes kommt es natürlich nicht an. Es kann ebenso gut ein zwingendes Gesetz in positiver Satzform sein, welches dann ebenso sehr verneinend ist, dadurch, daß es sein Gegentheil ausschließt. Es ist überflüssig, zu wiederholen, daß wir unter prohibitiven oder zwingenden Gesetzen alle absoluten Gesetze verstehen, welche alles Abweichen des Privatwillens ausschließen.

[2] Es muß schon hier von selbst erhellen, inwieweit dem Obigen die Savigny'sche Formel von Gesetzen über den Erwerb und von Gesetzen über das Dasein der Rechte entspricht. In der That ist dieselbe dann ganz richtig, wenn man 1) ihre Gültigkeit lediglich auf die prohibitiven (absoluten) Gesetze beschränkt, und 2) sie in ihren oben entwickelten Begriff auflöst, wodurch dann erkannt wird, daß auch Wuchergesetze, Aufhebung der lex commissoria etc. etc. (siehe später) zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte gehören, und endlich 3) genau festhält, daß auch prohibitive Gesetze immer nur vom Moment ihres Erscheinens an wirken, also der Fortwirkung eines früher vorhandenen Rechtszustandes von jetzt ab ein Ziel setzen, niemals aber früher vollbrachten individuellen Handlungen nachträglich eine Wirkung in der Vergangenheit beilegen können, die sie nach dem damaligen Gesetze nicht hatten, oder sie der Wirkung, die sie damals hatten, schon für die Vergangenheit berauben können — drei Punkte, deren Verkennung in der Savigny'schen Theorie innerlich auf das genaueste zusammenhängt. Daß aber, wenn die Savigny'sche Formel in ihren oben entwickelten Begriff aufgehoben wird, damit etwas ganz anderes aus ihr geworden, bedarf keiner weitern Klarlegung und zeigt sich eben am sinnlichsten schon darin, daß Gesetze, welche nach der Savigny'schen Formel zu den

Um den Schein zu beseitigen, daß dieser kategorische Unterschied kein den Reichthum der Materie erschöpfender sei, oder zu Widersprüchen mit dem früher Gesagten führe, muß zuvörderst gleich hier ausdrücklich hervorgehoben werden, daß bei den Obligationen, weil diese ihre bestimmte juristische Natur nicht blos durch die Handlung empfangen, auf welche sie ein Recht gewähren, sondern ebenso sehr durch ihren Erwerbungsgrund, Gesetze, welche aufheben, daß aus diesem bestimmten Erwerbungsgrund eine Obligation überhaupt, oder eine Obligation von bestimmter Beschaffenheit hervorgehen könne, zu jenen Prohibitivgesetzen erster Klasse gehören, welche negiren, daß ein qualitativbestimmtes Recht überhaupt noch ferner existiren, unter die Herrschaft des individuellen Willens gebracht werden könne.

Denn die obligatorische Forderung hat erst an ihrem Erwerbungsgrund (Kauf, Darlehn, Entschädigung u. s. w.) ihre individuelle Natur und juristische Qualification, welche dem Rechte seine Bestimmtheit verleiht, es zu dem macht, was es ist. — Anders bei den dinglichen Rechten. Diese qualificiren sich lediglich durch die Bestimmtheit des Rechtsinhalts, auf welchen sie Anspruch gewähren, und des Rechtsobjects, das sie demselben unterwerfen. Hier sinkt daher der Erwerbungsgrund, ob z. B. Eigenthum durch Usucapion, Erbschaft, Kauf u. s. w. erworben worden sei, zum gleichgültigen Mittel, zur bloßen Form der erwerbenden Handlung zusammen.

Prohibitivgesetze über den Erwerbungsgrund gehören daher bei den Obligationen zu den Gesetzen erster, bei den dinglichen Rechten zu denen zweiter Art.

Gesetzen über den Erwerb der Rechte gehören, z. B. Wuchergesetze u. s. w., nach der obigen Begriffsbestimmung, weil sie einen Rechtsinhalt außerhalb des Eigenthums (extra patrimonium) erklären, vielmehr zu Gesetzen über das Dasein der Rechte werden. — Die Savigny'sche Formel von den Gesetzen über den Erwerb und über das Dasein der Rechte hat aber auch als bloße Verstandesabstraction das ewige Schicksal einer solchen, daß ihre Unterschiede verschwindende und haltlos ineinander übergehende sind, und also nicht einmal eine feste Grenze gegeneinander haben. Man hat dies merkwürdigerweise bei dieser Savigny'schen Eintheilung stets übersehen. Aber bei den Anwendungen (1. über Personenzustand, 2. jura in re) wird nachgewiesen werden, worauf hier Bezug zu nehmen genügt, daß dieselben Gesetze sich nothwendig, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Individuums oder auf den des Gesetzes stellt, das eine mal als Gesetze über den Erwerb, das andere mal als Gesetze über das Dasein der Rechte darstellen, diese Formel also überhaupt nicht einmal zu einer Eintheilung zu dienen vermag. — Gleichwol ist es nur das Walten des oben entwickelten Begriffs, das der Savigny'schen Formel in ahnender Verkümmerung zu Grunde liegt. Der Unterschied zwischen beiden ist nur derjenige, der immer stattfindet, wenn ein geistiger Inhalt, statt in die Form des Begriffs erhoben zu werden, sich nur als abstracte Verstandesvorstellung erfaßt.

Nur dann wird der Rechtsgrund, aus welchem ein dingliches Recht hervorfließt, von Einfluß, wenn er auch wieder in dem Inhalte des Rechts als eine nähere Bestimmtheit desselben hervortritt. Dingliche Rechte waren z. B. im Deutschen Recht aus herrenschaftlichen Rechten (Oberhoheit, Erbunterthänigkeit u. s. w.) hervorgegangen. Dies scheint zunächst nur ein Erwerbungsgrund, und somit von der gleichgültigen Natur zu sein, welche bei dinglichen Rechten dem Erwerbungsgrund als solchem zukommt. Allein dieser Rechts- oder Erwerbungsgrund trat hier auch als eine nähere Qualification des constituirten dinglichen Rechts selbst an demselben hervor. Es war feudales[1] Obereigenthum an dem Eigenthum (dominium utile) eines Andern. Oder es war Oberhoheit an seinem vollen Eigenthum. Dies qualitativ-bestimmte Recht sollte nicht mehr sein, war prohibirt, und somit waren auch solche Geldabgaben prohibirt, die an sich und aus anderm Rechtsgrunde noch sehr wohl ferner stipulirt werden konnten. Aber nicht in der äußerlichen Abgabe, in die sich die Befriedigung eines Rechts auflöst — fast alle Rechte lösen sich zuletzt freilich in Geld auf —, sondern in der angegebenen genauen Qualification dieses Rechtsinhalts lag die juristische Natur desselben. Hier war also der Erwerbungsgrund deshalb von Influenz, weil er sich an dem Rechtsinhalt selbst, durch welchen sich die dinglichen Rechte qualificiren, als eine nähere und jetzt untersagte Bestimmtheit derselben herausstellte. Grundstücke dagegen, zu deren Eigenthümer sich die Adeligen früher, wenn auch in feudalster und unrechtmäßigster Weise gemacht hatten, wurden ihnen durch die Französische Revolution natürlich nicht entzogen und konnten es nicht werden, weil hier der feudale Erwerbungsgrund nicht mehr als nähere Bestimmtheit an dem constituirten dinglichen Recht fortlebte, sondern dies schlechtweg Eigenthum überhaupt geworden war. — So wird hier dem, was wir oben über den Einfluß des Rechtsgrundes gesagt haben, auch in Bezug auf dingliche Rechte nicht widersprochen, sondern dasselbe nur vervollständigt und tiefer begründet.

Zu welcher von jenen beiden Arten nun ein Prohibitivgesetz gehöre, wird bei nur einigermaßen genauer Erwägung seines bestimmten Inhalts und Zwecks niemals zweifelhaft sein können.

Ehe wir aber nachweisen, mit welcher innern begrifflichen Nothwendigkeit der angegebene Unterschied aus unserer gesammten Theorie hervorfließt, sich aus ihr rechtfertigt und wieder wechselweise ihr Bestäti-

[1] Wenn es nämlich aus feudalem Grunde u. s. w., nicht aus der Verleihung des Grundstücks unter Vorbehalt des dominium directum hervorgegangen war.

gung verleiht, wollen wir denselben zuvor durch einige concrete Beispiele zur Anschaulichkeit bringen.

Ein Gesetz also, welches den Uebertrag von Eigenthum ohne Tradition oder Schenkungen ohne Insinuation für ungültig erklärt, darf trotz seiner prohibitiven Natur auf früher geschlossene Kaufverträge und Schenkungen nicht einwirken. Denn es hebt nicht das Recht des Individuums auf, das Eigenthum an solchen Objecten zu erwerben, sondern betrifft nur die Frage, in welcher Form diese Verbindung zu geschehen hat. Dies gilt natürlich für alle Gesetze über die äußere Form und Gültigkeit von Handlungen.

Ebenso wenn durch ein neues Gesetz Frauen für unfähig erklärt werden, ohne Autorisation des Ehemannes, Söhne ohne väterliche oder vormundschaftliche Einwilligung, oder wenn Personen selbst überhaupt und unter allen Umständen für unfähig erklärt werden, bestimmte oder alle Arten von Obligationen gültig zu contrahiren, so wirken diese prohibitiven Gesetze auf die bereits gethätigten Obligationen nicht ein. Denn so lange das Individuum den Anspruch auf eine bestimmte Art von Leistungen Anderer zu seinem rechtlichen Eigenthum machen kann, so lange haben die Gesetze, welche die Bedingungen feststellen, unter welchen derselbe auf gewisse Personen, oder selbst die *Klassen* von Personen, auf die er überhaupt erlangt oder nicht erlangt werden kann, immer nur die Natur, über die bestimmten *Formen und Modalitäten* zu handeln, unter welchen der noch als möglich anerkannte Anspruch auf *diese bestimmte Art von Leistungen* gültig zum individuellen Eigenthum gemacht werden kann. Sie handeln also immer nur über den *Erwerb*, nicht über das *Dasein* des Rechts in unserm Sinne. Gesetze also, wie das Sc. Macedonianum oder Vellejanum, selbst wenn sie wahrhaft prohibitive Gesetze sind, was jedenfalls das letztere nicht ist, weil den Frauen erlaubt war, gleich im Bürgschaftsact auf den Schutz dieses Senatusconsults zu verzichten, kurz, alle Gesetze über die *persönliche Handlungsfähigkeit überhaupt* können niemals auf frühere Verträge einwirken. Ebenso wenn ein Gesetz Erbschaft überhaupt oder Vererbung einer bestimmten Art von Objecten aufhebt, so wirkt dasselbe selbstredend auf die früher bereits erlangten Erbschaften nicht ein. In der That ist Erbschaft nur ein bestimmter Erwerbungsgrund, ein Eigenthum zu erlangen: durch Fortsetzung der Personenidentität nach dem Tode. Durch andere Handlungen, durch Kauf, Occupation, Usucapion u. s. w. kann noch Eigenthum, und zwar Eigenthum an diesen Objecten, erworben werden.

Wenn aber ein Gesetz Eigenthum überhaupt oder Eigenthum an bestimmten Objecten aufhebt, so ist nun die ganz selbstredende Folge, in der niemand eine Rückwirkung finden kann, daß alle diese auch durch

frühere Erbschaften erworbenen Objecte, ebenso gut wie die durch Kauf oder irgendwie erworbenen, von jetzt ab aus dem Eigenthum der Individuen herausfallen. Es ist diesen Rechtsobjecten eben die Möglichkeit abgesprochen, eigenthümlich besessen zu werden.

Alle die früher von uns analysirten Gesetze über Fideicommisse, Feudallasten, unablösliche Renten u. s. w. gehören nun zu diesen Gesetzen, welche dies aufheben: daß ein bestimmtes Recht überhaupt in der Eigenthumssphäre des Individuums sein könne — und haben deshalb nothwendig die sofortige Abrogation der weitern Wirkung solcher auch durch frühere Verträge gesetzten Rechte zur Folge. Ein Gesetz, welches fideicommissarische Substitutionen verbietet, löst sich auf in ein Gesetz, welches aufhebt, daß die Befugniß, durch graduirte Vererbung[1] spätere Generationen an der freien Disposition von Todes wegen wie unter Lebenden, oder spätere Gesetze in ihrer freien Verfügung über Intestaterbfolge, zu beschränken, mit in das Eigenthumsrecht des testirenden Sacheigenthümers hineinfalle. Es leugnet, daß ein Recht auf solche Bestimmung irgend rechtliches Eigenthum eines Individuums sein könne. Es erklärt also ein früher eigenthümlich besessenes Recht außerhalb des Eigenthums, extra nostrum patrimonium, i. e. außerhalb der Herrschaftssphäre des individuellen Willens, und entzieht ihm so die Fähigkeit, überhaupt noch besessen zu werden.

Ein Gesetz, welches die aus feudalem Ursprung hervorgehenden Rechte prohibirt, negirt, wie wir sahen, daß ein Recht auf Oberherrlichkeit über andere Personen oder ihre Güter zum individuellen Eigenthum gemacht werden könne.

Ein Gesetz, welches die Unablöslichkeit von Diensten, von Natural- oder Geldrenten untersagt, leugnet, auf seinen letzten Grund reducirt, daß jene Beschränkung der menschlichen Handlungsfreiheit, welche in der Verpflichtung eines Individuums zu perpetuellen Handlungen einer bestimmten Art — ohne das Recht desselben, diese Verpflichtung in einen Schadenersatz aufzulösen — vorliegt, zum rechtlichen Eigenthume eines andern Individuums werden könne.

Aus diesem Grunde, weil sie ein bisheriges Recht außerhalb des Privateigenthums erklären, ihm die Fähigkeit, Eigenthum zu sein, überhaupt entziehen[2], müssen diese Gesetze unterschiedslos auch auf die bestehenden Rechts- und Vertragsverhältnisse eingreifen.

---

[1] Resp. durch Uebertragung des Eigenthums auf noch ungeborene Generationen, s. über die Familienfideicommisse des deutschen Rechts sub III, Anwendungen, II B.

[2] So paradox diese Behauptung auf den ersten Blick auch erscheinen mag, so besteht dennoch im allgemeinen der culturhistorische Gang aller Rechts-

Es ist bereits in dem Bisherigen enthalten und bedarf nur scharfer Hervorhebung, daß es nothwendig ist, daß das zu prohibirende Recht,

---

geschichte eben darin, immer mehr die Eigenthumssphäre des Privatindividuums zu beschränken, immer mehr Objecte außerhalb des Privateigenthums zu setzen. Und wenn eine wahrhafte Rechtshistorie vom culturhistorischen Standpunkt aus geschrieben werden sollte, so müßte dies einer der hauptsächlich leitenden Gedanken sein. Freilich ist dies noch nie versucht worden. In der Regel macht man sich auch die richtige Betrachtung ganz unmöglich, indem man sich durch die dialektische Natur der einzelnen Folgerungen täuschen läßt, statt auf den Grund zu gehen. So hält man z. B. Abschaffung der Fideicommisse immer für eine Vermehrung der Freiheit des Eigenthums, für eine Aufhebung seiner Beschränkungen. Dies ist aber nur als factische Folge der Fall und äußert sich so für das Bewußtsein derer, die sie wünschen. Der Sache nach ist es, wie oben gezeigt, vielmehr die Aufhebung der Eigenthumsfreiheit des Eigenthümers, diese und jene Bestimmung über sein Eigenthum treffen zu können, vermindert also den Umfang des Eigenthumsrechts. Oder man faßt in der Regel die Periode und Herrschaft der freien Concurrenz als eine solche, durch welche das Eigenthum erst zu seiner vollen und wahren Freiheit und Entwickelung gekommen sei. Man qualificirt sie so, und „unbeschränkte Freiheit des Eigenthums" pflegt das Stichwort derer zu sein, welche diese Richtung führen. Diese Seite ist vermöge der allen Begriffsbestimmungen zukommenden Dialektik in den realen Folgen in der That auch vollständig da und nicht zu leugnen. In ihrem innersten Grunde genommen beruht aber die Einführung der freien Concurrenz und die Aufhebung der Monopole und Zünfte vielmehr auf dem Gedanken, daß ein ausschließendes Recht auf Gewerbebetrieb und Absatz, d. h. ein Recht darauf, daß andere Personen an sich erlaubte Handlungen nicht vornehmen dürfen, unmöglich Privateigenthum des Individuums sein könne. — Wie sehr auch der angegebene Gedanke der zunehmenden Aufhebung des Privateigenthumsumfanges als eines wirklichen Gesetzes der culturhistorischen Bewegung des Rechts auf den ersten Anschein zum Widerspruch reizen und für paradox gehalten werden kann, so sehr bewährt er sich bei eingehender detaillirter Betrachtung, obwol statt solcher hier nur einige sehr oberflächliche Blicke hingeworfen werden können.

Es ist natürlich, daß der Mensch am Anfang der Geschichte, wie das Kind noch heute, nach allem seine Hände ausstreckt, alles als sein setzt und keine Grenze kennt für den Umfang seiner Privatwillkür. Erst spät und in immer vorschreitendem Maße lernt er dieselbe finden. Der Fetischdiener zerbricht noch seine Idole, wenn sie ihm den Willen nicht erfüllen, und behandelt so selbst seine Götter als sein Eigenthum! Früh wurden die sacra der Privatwillkür entzogen, aber noch lange blieb der Mensch selbst Eigenthumsgegenstand des andern Menschen. Das Leben des im Kriege Ueberwundenen wird zum Eigenthum des Siegers, und dies Eigenthumsrecht erhält sich noch lange in unbedingter, dann in bedingter Weise beim Sklaven. Das Eheweib ist ein Eigenthum, wird gekauft (vgl. noch die römische coemptio, conventio in manum etc.), die Kinder sind Eigenthum des Vaters, der sie nach der Strenge des alten Rechts tödten kann, und der insolvente Schuldner wird mit Freiheit, Leib und Leben zum Eigenthum des Gläubigers.

Das Recht der Eigenthumsverfügung ist selbst der Familie gegenüber das unbeschränkte vollständiger Enterbung. Die mählich entstehenden Gesetze über Pflicht-

dasselbe aber in seiner genauen juristischen Bestimmtheit genommen, durch keinerlei individuelle Willenshandlung fernerhin zu

---

theile bei Vermächtnissen und Schenkungen sind ebenso viele Beschränkungen und Aufhebungen von Eigenthumsrechten. Die Sklaverei mildert sich zur Leibeigenschaft, das Eigenthumsrecht an dem Leben des Menschen vermindert sich zu einem Eigenthum an seiner lebenslänglichen Arbeitskraft, zu einem Recht auf lebenslängliche und totale Ausnutzung desselben. Die Leibeigenschaft vermindert sich zur Hörigkeit in verschiedenen Abstufungen, d. h. das Eigenthumsrecht an der totalen Arbeitskraft des Andern fällt fort und mindert sich zu einem Eigenthumsrecht an einer bestimmten Art der Benutzbarkeit des Hörigen und an einem bestimmten Theile seiner Arbeitskraft und Zeit, woneben er jetzt also auch für sich erwerben kann. Das jus primae noctis ist schon die Aufhebung des beständigen Eigenthumsrechts an dem Leib der Sklavin und die Beschränkung desselben auf ihre Jungfrauenblüte. — Das Mittelalter ist eben die Periode, wo, ohne daß Sklaverei mehr vorhanden ist, der menschliche Wille nach allen seinen drei Momenten (Allgemeinheit, Einzelheit, Besonderheit) als Privateigenthum gesetzt werden kann. Denn es ist die Periode, wo erstens die Allgemeinheit des Willens oder der öffentliche Wille in den verschiedensten Abstufungen als Privateigenthum vorhanden ist: in den an den Grundbesitz geknüpften Souveränetätsrechten und der Theilnahme an solchen, in den mannichfachen andern öffentlichen und staatlichen Privilegien der verschiedenen Stände und Klassen; in den durch Erbschaft und Kauf eigenthümlichen öffentlichen Aemtern; es ist die Periode, in welcher, da, wie sich ein französischer Rechtshistoriker richtig ausdrückt, „das feudale Eigenthum die Anmaßung hatte, alles umfassen zu wollen, Luft und Wasser, öffentliche und religiöse Dinge", Fürsten sogar über die Erbfolge in die Regierung ihrer Länder beliebig testiren (vgl. z. B. die Testamente bei Sismondi, Histoire des Français, VII, 328 fg., und in den Preuves de l'Histoire de Lorraine par Dom Calmet, III, 277 fg.); es ist ferner die Periode, wo zweitens der individuelle Wille als Privateigenthum da ist, in der persönlichen Unfreiheit in allen ihren Abstufungen der Leibeigenschaft und Hörigkeit, ja selbst bei persönlich Freien, z. B. die beliebige Freiheit der Verheirathung einer weiblichen Lehnsnachfolgerin, und selbst männlicher Nachfolger in dasselbe, in das Eigenthum des Lehnsherrn gesetzt erscheint, und wo drittens endlich auch, und zwar bei den Freien, die Besonderheit seines Willens (welche Beschäftigung und Gewerbe er nicht ergreifen darf, wo er seinen Absatz suchen, wo seinen Bedarf einkaufen muß) in der Monopol- und Zunftordnung, den Bann- und Zwangsgerechtigkeiten u. s. w. als Privateigenthum Anderer gesetzt wird. Dies, daß der menschliche Wille hier nach allen seinen drei Momenten hin als Privateigenthum gesetzt werden kann, ist es, was in rechtsphilosophischer Hinsicht das Mittelalter charakterisirt.

Da der Wille nach allen seinen drei Momenten als Eigenthum erscheint, kann somit unter diesem System alles Mögliche zum Eigenthum erhoben werden, und die Unfreiheit ist die totale. Und gerade wieder weil hier alles Mögliche, ja der Wille selbst, zum Eigenthum werden kann und eine Schranke hierfür gar nicht existirt, entspringt hieraus gerade und ist nur von hieraus zu begreifen die dem Mittelalter eigenthümliche Getheiltheit des Eigenthumsrechts. Wenn nämlich bei der spröden Exclusivität der freien römischen Individua-

erlangen sein darf, wenn das prohibitive Gesetz auch auf die schon bestehenden, durch individuelle Handlungen begründeten Rechtsverhältnisse

---

lität kein solches, auch an sich zulässiges Recht auf eine Sache, Eigenthumsrecht sein kann, welches erst durch den individuellen Willen eines andern Individuums, des Sacheigenthümers selbst, hindurchgehen und ihn sich unterwerfen müßte, solche Rechte sich vielmehr in Rom sofort nur als persönliche Forderungen darstellen, kann hier, im germanischen Mittelalter, weil hier eben der freie menschliche Wille selbst als Eigenthum gesetzt werden kann, um auch ganz unbefangen jedes solche Recht zu einem dinglichen Eigenthum werden, welches zu seiner Operation erst durch den Willen eines andern Eigenthümers hindurchgehen und diesen sich unterwerfen muß. Die langen und trostlosen Versuche der Germanisten, den germanischen Eigenthumsbegriff mit dem römischen zu versöhnen, ihre kläglichen und gequälten Anstrengungen, den erstern auch nur irgend zu begreifen, ihre Eingeständnisse, daß ihnen derselbe eine „contradictio in adjecto" sei, da sie immer und stets unbewußt von dem römischen Begriff des untheilbaren Eigenthumsrechts und dem Begriff der römischen individuellen Willensfreiheit ausgingen, zerfallen von hier aus in ihr Nichts, und lassen nun deutlich ihre Ungründlichkeit und die Nothwendigkeit ihres Mislingens hervortreten. Keinem ist es eingefallen, daß, was doch so nahe lag, wenn der Eigenthumsbegriff eines Volkes bestimmt werden soll, zuvor auf den Willensbegriff dieses Volkes zurückgegangen und dieser untersucht werden muß. Keinem ist eingefallen, daß der Willensbegriff selbst bei den verschiedenen Völkern ein verschiedener ist und zwar die ganze Verschiedenheit ihres historischen Geistes in sich enthält. Denn sonst hätte ihnen freilich wol auch einfallen müssen, an jenen urgermanischen Zug zu denken, den uns schon Tacitus berichtet, daß Freie sich selbst zu Sklaven veräußern können (German., c. 24), während kein Römer sich durch Vertrag zum Sklaven eines Andern veräußern konnte. „Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest", L. 37 de lib. caus. (40, 12). Nichts ist bezeichnender und lehrreicher als die Weise, in welcher der überraschte Römer seine Verwunderung darüber ausdrückt, daß der Germane, der sich im Spiel veräußert hat, wenn er auch jünger, wenn er auch stärker ist, dennoch leidet, daß er gebunden und als Sklave behandelt wird: „quamvis juvenior, quamvis robustior, adligari se ac venire patitur; *ea* est in *re prava pervicacia* — *ipsi fidem* vocant" — „so groß ist ihre hartnäckige Ausdauer in einer schlechten Sache — sie selbst aber nennen es fides, Treue gegen die eingegangene Verpflichtung" — fügt er hinzu, Worte, die durch den sich in ihnen aussprechenden Gegensatz den tiefsten Einblick in die Psychologie des germanischen Geistes und daher in seine Rechtsentwickelung und politische Geschichte zugleich gewähren. Denn wenn der germanische Willensbegriff der ist, daß die individuelle Willkür die Befugniß hat, durch ihr Schalten und Verpflichten über die eigene totale Willensfreiheit zu verfügen und sie zum Eigenthum eines Andern zu machen, so ist es klar, daß sie ebenso gut einen partiellen Umfang derselben, eine bestimmte Willensaction, zu der sie sich — überhaupt oder in Bezug auf ein bestimmtes Object — verpflichtet, zum rechtlichen Eigenthum eines andern individuellen Willens machen kann. Nicht nur also die Benutzung eines Grundstücks, das einem fremden Eigenthümer gehört und dessen Benutzung sich also doch immer nur durch den zulassen-

einwirken dürfen soll. Der Grund ist sehr einfach. Ist dasselbe Recht auch fernerhin noch durch irgendeine andere Willenshandlung zu

---

den Willen des Eigenthümers vermittelt, im System des Römischen Rechts sich also als persönliche Forderung charakterisirt, sondern sogar die bestimmte Benutzungsart, in der er selbst es auszubeuten hat, kann (durch eine auf Hafer, auf Klee u. s. w. lautende ewige Rente) zu meinem perpetuirlichen dinglichen Eigenthum werden. Ober- und Untereigenthum, Nutzungs- und Sacheigenthum fallen daher in den mannichfaltigsten Formen auseinander und erzeugen die allen landwirthschaftlichen und industriellen Fortschritt hemmende Division des Eigenthumsrechts.

Die Französische Revolution ist, was schon durch die früher gegebene Analyse einiger besonders wichtigen aus ihr hervorgegangenen Gesetze klar sein muß, nur die Aufhebung jenes Privateigenthums an den drei Momenten des menschlichen Willens, wie jeder große Culturfortschritt stets in einer Verminderung des Eigenthumsumfangs besteht. — Es braucht wol nicht erst näher hervorgehoben zu werden, daß der Begriff Eigenthum hier in seinem wahren Sinne genommen ist, als ausschließendes Privateigenthum des besondern Individuums. Was dem Einzelnen als solchem, also jedem Einzelnen ohne Unterschied gehört, ist nicht mehr Eigenthum, wie dies schon die Römer wußten, und zeigt sich hier nur wieder die Identität des begrifflichen Moments der Einzelheit und des Allgemeinen.

Es liegt nicht von dieser Erörterung ab, zu bemerken, daß wenn man die gegenwärtige Periode als diejenige des Individualismus zu bezeichnen und diese Bezeichnung als den Charakter des Liberalismus zu denken pflegt, dies zwar im Sprachgebrauch eine solche Geltung erhalten hat, daß dagegen nicht aufzukommen sein wird, daß es aber dennoch durchaus unrichtig ist. Wahrer Individualismus würde sich vielmehr sehr revolutionär nicht nur gegen die noch bestehenden Einrichtungen, sondern auch gegen die Tendenzen unsers sogenannten Liberalismus verhalten (man denke nur z. B. an Fichte). Das, wogegen die tiefer gehenden Strömungen unserer Zeit gerichtet sind und woran sie sich noch abquälen, ist nicht das Moment des Individuellen — dieses würde vielmehr mit eben solcher Consequenz auf ihrer Seite stehen wie das des Allgemeinen —, sondern es ist der noch aus dem Mittelalter mit herübergebrachte und uns immer noch im Fleische haftende Knorren der Besonderheit. Denn zum Knorren wird dies Moment da, wo es außerhalb des Umkreises der auch ihm zukommenden begrifflichen Berechtigung — also außerhalb der Sphäre alles dessen, was mit Recht dem reinen Belieben und der bloßen Privatwillkür unterliegt — sich Geltung verschaffen will. Der Liberalismus will die Rechte, die er will, politische, wie das Wahlrecht, oder sociale, wie das in der Gewerbefreiheit liegende Recht auf freie Bethätigung der Arbeitskraft, nie für das Individuum, sondern immer nur für das in besonderer Lage befindliche, so und so viel Steuern zahlende, mit Kapital ausgerüstete u. s. w. Individuum; also immer nur für den Besondern.

Gegenwärtig steht nun Europa besonders an folgenden zwei sehr interessanten Eigenthumsfragen!

Die orientalische Despotie und die europäische absolute Monarchie unterscheiden sich bereits in rechtlicher Hinsicht im allgemeinen gerade so, daß dort auch die privat-

erwerben, so richtet sich die Prohibition des Gesetzes gar nicht gegen das Recht selbst, das ja noch fortwährend erzeugt werden kann, sondern

rechtlichen Verhältnisse der Individuen Eigenthum des Herrschers sind, hier aber nur, was zur Competenz des öffentlichen Willens gehört, das mehr oder weniger ausschließliche Eigenthum einer bestimmten Familie ist.

In politischer Hinsicht steht nun Europa an der Aufhebung dessen, daß der öffentliche Wille einer Nation Eigenthum einer Familie sein könne.

Dies ist vorläufig nur in Frankreich erreicht, nicht nur in den Principien der Französischen Revolution, sondern auch trotz mannichfach entgegenstehenden Scheines in der Wirklichkeit. Dies zeigt sich daran, daß seit siebzig Jahren keine Familie mehr in Frankreich Dynastie machen konnte; ferner daran, daß auch unterdrückende Herrscher daselbst gezwungen sind, sich auf die Volkswahl statt auf ein Eigenthumsrecht, als den Titel ihrer Stellung zu berufen und so nur als zeitliche, wie immer auch beschaffene und verfälschende Träger, nicht Eigenthümer, des nationalen Willens erscheinen; drittens dadurch, daß dieselben genöthigt sind, auch im Auslande dies Princip, daß der öffentliche Wille einer Nation nicht Familieneigenthum sein könne, gleichviel mit welcher Halbheit und welchen Widersprüchen, zu vertreten (Nationalitätsprincip).

In Deutschland nimmt diese Frage eine noch viel intensivere Gestalt an, indem hier nicht nur der Inhalt des Volkswillens, sondern sogar dies, daß überhaupt kein deutsches Volk da sei — ein Recht auf Zertheiltheit des Volksgeistes —, als das Eigenthumsrecht mehrerer Familien behauptet wird!

In socialer Beziehung steht die Welt an der Frage, ob heute, wo es kein Eigenthum an der unmittelbaren Benutzbarkeit eines andern Menschen mehr gibt, ein solches auf seine mittelbare Ausbeutung existiren solle, d. h. gründlich: ob die freie Bethätigung und Entwickelung der eigenen Arbeitskraft ausschließliches Privateigenthum des Besitzers von Arbeitssubstrat und Arbeitsvorschuß (Kapital) sein und ob folgeweise dem Unternehmer als solchem, und abgesehen von der Remuneration seiner etwaigen geistigen Arbeit, ein Eigenthum an fremdem Arbeitswerth (Kapitalprämie, Kapitalprofit, der sich bildet durch die Differenz zwischen dem Verkaufspreis des Products und der Summe der Löhne und Vergütungen sämmtlicher, auch geistiger Arbeiten, die in irgendwelcher Weise zum Zustandekommen des Products beigetragen haben) zustellen solle.

Das Wort: „Emancipiren", welches man jetzt in einem verwischten und den Sprechenden undeutlichen Sinne auf jedes Freiheitsbestreben anzuwenden pflegt, ist gerade dann ganz zutreffend, wenn man es in seinem ursprünglichen strengen Sinne auffaßt: e mancipio, außer dem Eigenthum erklären. —

Daß der Culturgang der Rechtsentwickelung in der That in dieser fortschreitenden Verminderung des Eigenthumsumfanges besteht, was hier nur in sehr flüchtigen Umrissen angedeutet worden ist, läßt sich im genauen und einzelnen nur bei einer ebenso eindringenden und kritischen Kenntniß der ökonomischen Gesetze und Verhältnisse jeder Zeit, wie der juristischen, und nur durch das detaillirteste Eingehen auf die Zustände der verschiedenen Geschichtsperioden darlegen. Bereits aber muß durch diese kurze Ausführung dies von uns aufgezeigte Gesetz der geschichtlichen Bewegung seinen ursprünglichen Anschein von Paradoxie völlig verloren haben, und es muß bereits deutlich geworden sein, wie diese fortschreitende Verminderung des Privateigenthumsumfangs auf nichts anderm als der posi-

nur gegen diese oder jene besondere Art seiner Erwerbung. Es gehört dann also zu der zweiten von den oben unterschiedenen Arten von Prohibitivgesetzen, die, weil sie gar nicht dem Recht die Fähigkeit, zum individuellen Eigenthum gemacht zu werden, absprechen, auch nicht auf ein solches, gleichviel durch welche andere Willensactionen, bereits erworbenes Eigenthumsverhältniß einwirken (s. oben S. 212 fg.).

Nehmen wir z. B. an, daß ein Gesetz die Großjährigkeit auf 24 Jahre fixirt, zugleich aber bestimmt, es solle schon bei zurückgelegtem zwanzigsten Jahre sowol durch Heirath als auch durch Führung einer besondern Wirthschaft die Großjährigkeit erworben werden können. Es erscheint nun ein Gesetz, welches fortbestehen läßt, daß nach dem zwanzigsten Jahre durch Heirath Großjährigkeit erworben werde, aber dies aufhebt, daß sie durch bloße Führung einer besondern Wirthschaft er-

---

tiven Entwickelung der menschlichen Freiheit beruht und hier nur zu seiner Realisirung gekommen ist, was wir schon S. 174 angedeutet haben. Wir machten daselbst bereits darauf aufmerksam, wie gerade die positive Entwickelung der Freiheitsidee zur Folge haben müsse, daß in immer fortschreitender Steigerung ein früher als veräußerlich gedachter Theil der menschlichen Freiheit — auch von den Juristen schon Privatwillkür genannt — sich jetzt als zur unveräußerlichen Freiheit des Menschen gehörig bestimmt [weshalb er nun als der sittlichen Idee und dem öffentlichen Recht entflossen angesehen und durch absolute (zwingende) Gesetze geregelt wird], sodaß nun durch keine Willenstransaction mehr und ebenso wenig durch Facta, die wie eine solche wirken, z. B. Krieg, Geburt, Abstammung, Gewerbe u. s. w., dieser früher veräußerliche Theil der menschlichen Freiheit ferner veräußert werden oder veräußert bleiben kann. Daß dies eine stetige Vermehrung der menschlichen Freiheit ist, ist von selbst evident; denn vermindert und beschränkt wird dadurch eben nur die Willkür — die eigene oder die fremde —, das positive Wesen der Freiheit zu negiren. Diese Entfaltung und Vermehrung der Freiheit ist es nun aber, welche sich, in Bezug auf das Verhältniß der Einzelnen untereinander, nothwendig als eine Beschränkung dessen, was der ausschließenden Willensherrschaft besonderer Individuen unterworfen werden kann, ausdrücken und sich somit als eine Verminderung des Privateigenthumsumfanges darstellen muß und wirklich darstellt, wie die vorstehende Skizze gezeigt hat.

Ganz parallel der angegebenen Bewegung der Rechtshistorie, immer mehr Inhalt aus der Eigenthumssphäre herauszuwerfen, läuft in der ökonomischen Entwickelung die genau entsprechende Tendenz, immer mehr Factoren der Production und resp. die Producte selbst in immer größerm quantitativen Umfang aus der ökonomischen Eigenthumssphäre, der Entgeltlichkeit, in diejenige der Unentgeltlichkeit (gratuite, communauté) hinüberzuwerfen (durch Reduction des Verkaufspreises auf den Kostenpreis und die beständige Verminderung der Erzeugungskosten), ein an sich ganz richtiger Grundgedanke, welchem Bastiat in seinen Harmonies économiques wegen des ihm mangelnden kritischen Verständnisses der ökonomischen Kategorien eine ganz falsche und einseitige Ausführung gegeben hat.

worben werden könne. Wie prohibitiv dies Gesetz auch gefaßt sein möge, es kann nicht einwirken auf diejenigen, welche sich bereits in dieser Weise Großjährigkeit erzeugt haben. Denn da es die Erwerbung derselben durch Heirath offen läßt, so wäre die Einwirkung auf die Großjährigkeit jener andern eine Rückwirkung auf die besondere Handlung, durch welche sie sich die Großjährigkeit constituirt haben.

Wenn aber ein Gesetzgeber von der Ansicht ausgeht, daß die mit der Großjährigkeit gegebene Handlungsfähigkeit ausschließlich ein Product der nur mit dem natürlichen Alter eintretenden Reife der Vernunft sein dürfe und deshalb schlechterdings durch keinerlei individuelle Willenshandlung erworben und anticipirt werden könne, so wird durch ein solches Gesetz auch jenen schon verheiratheten oder eine besondere Wirthschaft führenden Zwanzigjährigen die bisherige Majorennität wieder entzogen werden. Es wird dies deshalb ohne Rückwirkung eintreten können, weil nach der Anschauung des jetzigen Gesetzes Majorennitätsrecht überhaupt gar nicht erworben werden kann. Denn das Eintreten desselben durch das erreichte Alter ist, wie früher bereits bemerkt (S. 61), da das Alter kein Product einer Willensaction ist, keine Erwerbung, sondern immer nur ein Vorhandensein; nicht ein vom Individuum sich constituirtes Eigenthum, sondern eine blos infolge des Gesetzes daseiende Befugniß. Diejenigen aber, welche sich durch individuelle Handlungen Großjährigkeitsrecht erworben haben, können dasselbe unmöglich auf länger beanspruchen, als der Gesetzgeber dasselbe als ein überhaupt des Erworbenwerdens fähiges ansehen wird.[1]

Der Grund aber, warum nur die Prohibitivgesetze der ersten Art sofort einwirken dürfen, dieser Grund, von welchem die soeben betrachtete factische Bestimmung, daß jedes Prohibitivgesetz, welches noch übrig läßt, dasselbe Recht noch durch andere Willenshandlungen zu erwerben, zu den Prohibitivgesetzen der zweiten Art gehört, nur eine Anwendung ist, — dieser Grund ist, weit entfernt ein äußerer Reflexionsgrund zu sein, nichts anderes als die consequente und systematische Folge unserer gesammten Theorie. Er ist nichts anderes als der durch jenen Begriff der individuellen Willensfreiheit selbst,

[1] Hier vervollständigt sich also das von uns in §. 1, S. 61—65, Gesagte. Die bloße Verschiebung des natürlichen Großjährigkeitsalters, z. B. von 21 auf 24 Jahre, ändert also nichts an der Großjährigkeit der für majorenn Erklärten, so lange irgendeine solche Erwerbung der Majorennität durch Handlungen, vormundschaftliche Erklärung vor dem natürlichen Alter u. s. w., gesetzlich zulässig bleibt. Umgekehrt kann ohne daß der Alterstermin der Großjährigkeit geändert würde, allen durch Handlungen (Erklärungen u. s. w.) großjährig Gewordenen das Majorennitätsrecht wieder entzogen werden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht ist, daß dasselbe durch nichts anderes als das natürliche Alter eintreten kann.

durch dessen alleinige Operation wir bisher die ganze Theorie entwickelt haben, mit Nothwendigkeit gegebene Unterschied.

Denn wenn in der Abrogation der weitern Dauer eines stipulirten Rechts durch ein dieses Recht überhaupt abolirendes Gesetz keine Verletzung der Willensfreiheit, keine Denaturirung einer individuellen Handlung liegt, weil logisch und rechtlich Wille und Handlung von vornherein ein Recht, vermöge der Natur der Rechtssubstanz selbst, nur auf so lange ergreifen und dem Individuum sichern können, wie dieser Rechtsinhalt im gesammten Rechtsbewußtsein ein mögliches Dasein bewahren und nicht als schlechthin unzulässig ausgeschlossen sein wird, wenn also hierin statt einer Denaturirung der Handlung nur die nothwendige Einschränkung derselben auf die ihr logisch von Haus aus gesetzte Grenze ihrer Wirksamkeit vorliegt, so würde dagegen die Anwendung von Prohibitivgesetzen der zweiten Art auf Rechtsverhältnisse, die durch den individuellen Willen vermittelt sind, eine wahrhafte Denaturirung individueller Handlungen und somit eine durchaus unzulässige Rückwirkung in sich schließen.

Denn Prohibitivgesetze dieser Art erklären nicht ein Recht überhaupt als aus der Rechtssphäre herausgefallen und unfähig, individuelles Eigenthum zu sein. Sie lassen vielmehr dasselbe noch fortbestehen und noch weiter durch individuelle Willenshandlungen erworben werden, und schließen nur besondere Bestimmtheiten von Willenshandlungen von der Fähigkeit dieses Rechtserwerbes aus. Solche Prohibitivgesetze lösen sich also auf in ein negatives Urtheil des Geistes über die Gültigkeit und Wirksamkeit besonderer individueller Handlungen. Wenn aber das Individuum die Dauer des erworbenen Rechts dem prohibitiven Urtheil des allgemeinen Geistes unterwerfen muß, so ist es dagegen logisch ganz unmöglich, daß es die besondere Beschaffenheit seiner momentanen erwerbenden Handlung einer andern Norm unterwerfe, als der zur Zeit dieser Handlung vorhanden gewesenen. Hier würde also, solange dasselbe qualitativ-bestimmte Recht durch andere Willenshandlungen überhaupt noch erworben werden kann, mit voller Kraft der Rückwirkungsvorwurf seitens des Individuums aufwachen (s. S. 47 und 193 fg.): es würde, falls es dies gewußt hätte, das Recht unter jenen andern, es noch heute erwerbenden Formen und Bedingungen sich constituirt haben. Hier entsteht also jener Vorwurf, menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit forcirt zu haben, der aus den entwickelten Gründen nur dann nicht entsteht, wenn keine Willenshandlung mehr zur Erwerbung dieses qualitativ-bestimmten Rechts führen kann! Er entsteht hier, weil die Prohibition sich hier gar nicht gegen den Inhalt des Rechts, sondern nur gegen die besondere Handlung richtet. Er entsteht hier, weil die erwerbende Handlung als solche, als

ein in der Zeit Vorübergehendes, nur während ihrer Vollbringung an die Gemeinsamkeit mit dem gesammten Rechtsbewußtsein des Volks gebunden und also nur den zeitigen Prohibitivbestimmungen unterworfen bleibt, während der ergriffene Rechtsinhalt selbst, als ein für alle Zeiten Dauerndes, daher für alle Zeiten an diese Gemeinsamkeit gewiesen und deshalb den Prohibitivgesetzen aller Zeiten unterworfen bleibt.

Zugleich folgt aus dem angegebenen Begriffsunterschied, und schon aus dem begrifflichen Grunde der Einwirkung prohibitiver Gesetze überhaupt, daß diese selbstredend erst von der Zeit ihres Erscheinens ab die Fortdauer des prohibirten Rechts aufheben, daß somit alle dem Gesetze bereits vorausgegangenen rechtlichen Folgen bestehen bleiben. Eine Auslöschung derselben würde wieder nothwendig Rückwirkung in sich schließen, da sich das Individuum nur unterworfen hat und unterwerfen mußte dem Nichtdasein seines Rechts vom Tage ab seiner Exclusion durch das allgemeine Rechtsbewußtsein.

Erst gegenwärtig liegt die Theorie der Einwirkung absoluter Gesetze in vollständiger Entwickelung vor, und es wird jetzt überall bestimmt werden können, ob ein prohibitives Gesetz auf die bestehenden Rechtsverhältnisse eingreifen darf oder nicht, wobei es nur darauf ankommt, das qualitativ-bestimmte Recht, das in Frage steht, genau aufzufassen, da sich nur hieraus beantwortet, ob das neue Gesetz einen Rechtsinhalt aus der Privateigenthumssphäre herauswirft oder nicht, und ob es demnach eingreifen muß oder nicht darf.

Wenden wir uns zunächst zu einigen auf die bestehenden Verträge nicht einwirkenden Prohibitivgesetzen.

Wenn ein Gesetz über laesio enormis bei Verkäufen da, wo solches bisher nicht gegolten hat, erscheint, so wird es, selbst wenn es ein wahres Prohibitivgesetz darstellt (d. h. wenn es den Verzicht auf diese Einrede für wirkungslos erklärt), auf früher geschlossene Kaufverträge nicht anwendbar sein. Das Recht auf unwiderrufliche Entäußerung und auf das unwiderrufliche Eigenthum an der Kaufsumme ist nicht aufgehoben, sondern kann nach wie vor erzeugt werden, und nur Bedingungen über das Verhältniß der Kaufsumme zum Objectswerth sind für die Erwerbung dieses Rechts festgesetzt. Somit betrifft der prohibitive Inhalt des Gesetzes nur die Gültigkeit der besondern Handlung, welche dieses Recht im gegebenen Falle erwirbt, und wirkt somit auf frühere Handlungen nicht ein. [1]

[1] Es ergibt sich hier also von dieser Seite die Bestätigung dessen, was wir oben (S. 160—163) gesehen. — (Wenn das Gesetz über die laesio enormis zur Zeit des Kaufcontracts bestand und später aufgehoben wird, so stellt diese Auf-

Wenn ein Gesetz, wie z. B. der Art. 1341 Code Nap., bei Forderungen über eine gewisse Höhe den Zeugenbeweis ausschließt[1], so schreibt ein solches Gesetz nur Bedingungen für die Handlung der Erwerbung vor und wendet sich daher nicht auf die aus schon vorgefallenen Handlungen entstandenen Obligationen an. Oder faßt man das in Rede stehende Recht des Individuums bestimmter und richtiger als ein Recht auf Zeugenbeweis auf, so ist zu sagen, daß durch dieses Gesetz nicht (wie dies z. B. bei der Bestimmung, daß der Beweis der Vaterschaft untersagt sein solle, der Fall ist) aller Zeugenbeweis in diesem Rechtsgebiete überhaupt vom Gesetz als unzulässig erklärt und prohibirt wird; derselbe wird vielmehr vom Gesetz bei Summen unter diesem Betrag oder bei nicht-obligatorischen Verhältnissen und auch bei solchen, wenn sich der Gläubiger unmöglich einen schriftlichen Beweis verschaffen konnte (Art. 1348 C. c.) oder diesen durch casus fortuitus verloren hat, für zulässig erklärt. Es existirt also noch ein Recht auf Zeugenbeweis bei Forderungen, und nur besondere Handlungen, welche dieses Recht bisher erwarben, sind jetzt von demselben ausgeschlossen. Ebendeshalb darf also, weil sich die Prohibition nur gegen die Besonderheit der erwerbenden Handlung und nicht gegen die Existenz des Rechts selbst und seine allgemeine Möglichkeit erworben zu werden, richtet, das Gesetz nicht auf die frühern Erwerbungen dieses Rechts eingreifen.

Setzen wir aber den Fall, der, wenn auch fast unmöglich in sich, doch zur Klarlegung und Bestätigung der Theorie unterstellt werden mag, ein Gesetzbuch verböte allen und jeden Zeugenbeweis in Civilsachen überhaupt, etwa herrnhuterische Grundsätze, welche in dem Eide eine Religionswidrigkeit erblicken, auf die Spitze treibend. Offenbar würde

---

hebung durchaus keine Prohibition dar. Denn die Verkäufer würden nicht gehindert sein, diese Bedingung im Kaufact zu stipuliren. Das frühere Gesetz würde also als stillschweigende Bedingung in Bezug auf die frühern Kaufcontracte fortwirken.)

[1] Dies Gesetz wird übrigens von einer großen Zahl Autoren und Urtheile der französischen Jurisprudenz gar nicht als ein wirklich prohibitives angesehen, indem man annimmt, daß der Zeugenbeweis bei Zustimmung der Gegenpartei zulässig sei; so A. U. von Bourges vom 16. Dec. 1826, von Rennes vom 25. Febr. 1841, von Bordeaux vom 16. Jan. 1846; Duranton, Thl. XIII, Nr. 308; Carré und Chauveau, Lois de la proc., qu. 976. — Dagegen Merlin, Répert. v° Preuve, Sect. 2, §. 3, Art. 1, No. 29. Toullier, Thl. IX, Nr. 36 fg. Brodeau sur Louet lett. D. §. 3 u. A.

Es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß die schlechthinnige Ausschließung jeder abweichenden Privatwillkür, auch bei Einverständniß der Parteien, das alleinige Kennzeichen eines jeden absoluten (prohibitiven oder zwingenden) Gesetzes ist. Jedes andere Gesetz bleibt ein blos regulatives, vermittelndes.

hier auch in Bezug auf die frühern Darlehen u. s. w. das Recht des Zeugenbeweises ganz unzweifelhaft hinwegfallen müssen. Recht auf Zeugenbeweis ist jetzt überhaupt abolirt, und das Individuum kann dasselbe nur so lange ausüben und besitzen, als es eben nach dem Gesetz überhaupt rechtliches Eigenthum des Individuums sein kann. Auch würden diejenigen, welche vor diesem Gesetz Gläubiger ohne schriftlichen Beweis wurden, gar nicht härter gestellt sein, als alle diejenigen, welche erst nach dem Gesetze Gläubiger werden, sich aber in der Unmöglichkeit befinden, für ihre Obligation einen schriftlichen Beweis zu erlangen (z. B. also bei allen Quasicontracten, Delicten, Quasidelicten, bei nothwendigen Depositionen). Ein Gläubiger, welcher vor dem den Zeugenbeweis ausschließenden Gesetz ein Darlehen machte, kann, weil er jetzt noch keine Veranlassung hatte, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, höchstens doch so behandelt und einem solchen assimilirt werden, der nicht einmal die Möglichkeit zu dieser Beschaffung hatte. Indem jetzt nun aber alle, die, obwol nach der Zeit des Gesetzes, sich in der factischen Unmöglichkeit befinden, einen schriftlichen Beweis zu bereiten, gleichwol vom Zeugenbeweise ausgeschlossen sind, fallen die Gläubiger aus der Zeit vor dem Gesetze nur in die Kategorie dieser Letztern, und der Vorwurf der Rückwirkung, der nachträglichen Verletzung der Willensfreiheit des besondern Individuums, fällt um so mehr fort.

Gibt man zu, daß ein solches allen Zeugenbeweis abolirende Gesetz auch auf die frühern Obligationen einwirken müsse — und es wird nicht möglich sein, dies nicht zuzugeben —, so hat man damit alles, was wir über die Theorie der Prohibitivgesetze entwickelt haben, anerkannt. — Freilich ist das von uns unterstellte Beispiel ein in sich selbst fast unmögliches. Dies hindert indeß seine Beweiskraft nicht. Ueberdies sollte diese abstracte Unterstellung nur als Brücke zu dem nachfolgenden ganz gleichartigen concreten Beispiel dienen. Es verhält sich nämlich offenbar ebenso, wenn ein Gesetz z. B. die bisher erlaubte Zeugenfähigkeit in einem bestimmten Verwandtschaftsgrade überhaupt aufhebt. Recht auf Zeugenbeweis existirt hier weiter. Aber was aufgehoben ist, ist: Recht auf die Zeugenschaft eines so und so Verwandten. Dies bestimmte Recht überhaupt ist hier aufgehoben und kann daher auch in Bezug auf frühere Darlehen oder Verträge nicht ausgeübt werden. Es ist möglich, daß das Individuum bei der seinen Anspruch begründenden Handlung gerade nur solche Verwandte (oder andere jetzt prohibirte Personen) zu Zeugen hatte oder zu Zeugen nahm. Es kann somit jetzt die ganze Möglichkeit seines Beweises verlieren durch die Zerstörung der Zeugenschaft von Personen, auf deren Zeugniß es früher ein Recht hatte. Gleichwol wird es der Anwendung jenes Gesetzes keinen Vorwurf der Rückwirkung machen können. Allerdings ist das Recht

des Individuums auf das Zeugniß anderer Personen überhaupt nur ein legales, kein erworbenes Recht. Allein dies ist nicht der letzte Grund der Entscheidung. Dies Recht kann durch mannichfache Handlungen zu einem erworbenen geworden sein, z. B. vertragsmäßig oder dadurch, daß die Klage schon angestellt, der Zeuge schon vorgeschlagen, seine Vernehmung auch schon durch richterliches Decret verordnet worden ist. Gleichwol wird, wenn das neue Prohibitivgesetz vor dem Audienztermin erscheint, die Abhörung des Zeugen durchaus unzulässig sein. Der systematische Grund ist aber, wie schon die Unterscheidung der Fälle ergibt, kein anderer als der, daß hier das Recht auf diesen — näher qualificirten — Zeugenbeweis, auf Zeugenbeweis durch Verwandte, überhaupt untergegangen ist, nicht aber blos in Beziehung auf gewisse besondere Willenshandlungen.[1]

[1] Bei consequenter Festhaltung der Savigny'schen Theorie würde man das Gegentheil annehmen müssen, was offenbar unmöglich — und dennoch häufig genug angenommen worden ist. Ganz so wie der oben behandelte Fall verhält sich nämlich jedes Gesetz über Zeugenreprochirungsgründe. Gibt ein Gesetz der Partei das unbedingte Recht, einen in gewissen Fällen befindlichen Zeugen zu reprochiren, so unterscheidet sich ein solches Gesetz gar nicht von dem obigen. Es verhält sich prohibitiv gegen den Rechtsanspruch der Gegenpartei, einen solchen Zeugen abhören zu lassen. Gibt das Gesetz die Entscheidung über die Zulassung des reprochirten Zeugen in die discretionaire Einsicht des Richters, so kann man den prohibitiven Charakter eines solchen Gesetzes mit Fug bestreitent obgleich durch dasselbe der frühere unbedingte Anspruch der Partei auf Abhörung des Zeugen (oder resp. Verlesung seiner Aussage) untergegangen und nun von der Beurtheilung des Richters abhängig gemacht ist. Allein es darf überhaupt nicht vergessen werden, daß der prohibitive Charakter des Gesetzes nur erforderlich ist, wenn bereits durch Decret die Vernehmung des Zeugen verordnet und sie hierdurch zu einem erworbenen Recht geworden ist. Bis zu jenem Decret bildet die Bestimmung, durch welche Kategorien von Zeugen Beweis erbracht werden kann, ein von individueller Willensaction ganz unabhängiges, rein legales Recht, welches daher durch jede Aenderung der Gesetzgebung sofort modificirt wird. Es ist dies sehr häufig übersehen und z. B. durch zwei Urtheile des rheinischen Appellationsgerichtshofs zu Köln vom 15. Juli 1822 und vom 12. April 1844 (Rheinisches Archiv, VII, 1, 198, und XXXVII, 1, 81) sehr irrig erkannt worden, daß die Reproche nach dem ältern Gesetze beurtheilt werden müsse, wenn die Thatsache, über welche der Zeuge vernommen werden solle, dem neuen Gesetze vorhergegangen ist. Durch ein etwas späteres Urtheil vom 28. Mai 1844 hat derselbe Gerichtshof dagegen entschieden, daß es nur auf das neue Gesetz dabei ankomme (XXXVII, 1, 84) und zwar deshalb, weil es sich hierbei nicht von der Zulässigkeit des Zeugenbeweises als Beweismittel, sondern von der Zulassung eines Zeugen handle, worüber die bestehenden processualischen Vorschriften maßgebend. Die Sophistik dieser Gründe liegt auf der Hand, denn welche Zeugen ich für einen Beweis benutzen darf, bezieht sich nicht auf die ordinatoria, sondern *decisoria* litis. Die Entscheidung selbst aber rechtfertigt sich durch das früher Gesagte.

Wenden wir uns jetzt zu einigen Fällen, in welchen die Praxis der Gesetzgebungen und die Theorie der neuern Autoren in einem entschiedenen Gegensatz miteinander stehen, ein Gegensatz, der leicht begreiflich ist, da die Gesetzgebungen, dem Instinct des unmittelbaren Rechtsgefühls folgend, oft das Richtige hierbei trafen, während, da alle halbe Theorie von der Wahrheit ab- und erst die ganze Theorie wieder zu ihr zurückführt, den Autoren hierdurch die Erkenntniß der Richtigkeit und Nothwendigkeit jener Gesetze unmöglich gemacht war. —

Durch die im Jahre 528 erlassene L. 26 C. de usuris (6, 32) hatte Justinian verordnet, daß der bis dahin erlaubte höchste Zinsfuß von 12 Proc. auf 6 Proc. herabgesetzt sein solle. Ein Jahr darauf fand er sich veranlaßt, durch die L. 27 (das.) ausdrücklich zu erklären, es sei die Absicht jenes Gesetzes, auch die schon vor dem Gesetz geschlossenen Zinsverträge auf das neue gesetzliche Zinsmaximum zu reduciren, mit Ausnahme jedoch der schon vor dem Erlaß des Gesetzes erfallenen Zinsen.

Es ist evident, daß nach der von uns entwickelten Theorie Justinian hierbei in jeder Hinsicht nur die regelmäßigste und mit begrifflicher Nothwendigkeit dem Gesetze zukommende Wirkung für dasselbe in Anspruch nahm. — Die Prohibition ist hier die totale. Recht auf höhere als 6proc. Zinsen soll von jetzt ab gar nicht mehr Eigenthum des Individuums sein können, soll — als Zinsen, d. h. bei Garantie des dargeliehenen Kapitals und seines Ertrags — durch keinerlei Willenshandlung dazu gemacht werden können. Da dies Recht vom Tage des Gesetzes ab ganz aus der Eigenthumssphäre des Individuums herausgefallen ist, gar nicht mehr besessen werden kann, so fällt es eo ipso auch bei allen denen fort, die diesen Anspruch bisher vertragsmäßig besessen und erworben hatten, aber ihn wie jedes andere Recht nur auf so lange besaßen und erworben hatten, als dasselbe fähig sein würde, einen Gegenstand der Herrschaft des individuellen Willens, ein Eigenthum des Individuums zu bilden. Von einer Rückwirkung ist nicht die Rede, da sich nach unserer Theorie jeder Zinsvertrag von vornherein nothwendig in die Stipulation auflöst, daß z. B. 10 Proc. Zinsen während der Dauer des Vertrags gezahlt werden sollen, solange das Gesetz dies erlaubt, und eventuell sonst das jederzeitige gesetzliche Zinsmaximum.

Zugleich respectirt Justinian die nothwendigen Grenzen des Gesetzes, indem er es auf die vorher erfallenen Zinsen nicht einwirken läßt. In der That würde dies geheißen haben, die Prohibition über ihren eigenen Inhalt hinaustreiben und in Rückwirkung verfallen, da dann individuelle Willensactionen nicht in ihrer Wirkung bis auf die Zeit des Erscheinens prohibitiver Gesetze eingeschränkt, sondern der ihnen zustehenden ver-

tragsmäßigen Wirkung aus der Zeit des rechtlichen Erlaubtseins derselben beraubt worden, Handlungen also nicht an der immanenten Grenze ihrer Gültigkeit *festgehalten*, sondern *innerhalb* derselben nachträglich denaturirt worden wären.

Savigny, welcher bei seiner Auffassung seiner Formel vom Erwerb und vom Dasein der Rechte dies Gesetz zu den über den Erwerb von Rechten handelnden rechnen muß, greift deshalb dies Zinsgesetz Justinian's wegen seines Einwirkens auf die bestehenden Verträge wiederholt als ein höchst „eigenthümliches und willkürliches" an; er sieht nur ein Ausnahmsgesetz darin und wirft ihm vom Standpunkt der Rechtsgrundsätze aus rechtswidrige Rückwirkung nachdrücklichst vor.[1]

Savigny vertritt dabei nur die allgemeine Ansicht der neuern Autoren, die nach ihm und schon vor ihm mit großer Einhelligkeit in der Verwerflichkeit eines solchen Gesetzes zusammentreffen.[2]

---

[1] Savigny, VIII, 382—384, 397, 403, 437.

[2] Und zwar gilt dies ebenso von den französischen wie von den gemeinrechtlichen und preußischen Juristen. Merlin, Répert. v° Effet rétroact., Sect. III, §. 3, Art. 3, No. 11, T. 5, p. 575: „Ainsi comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas, en réduisant aujourdhui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut qui a été précédemment stipulé sous une loi qui autorisait, ne continue d'être exigible." Von derselben Theorie ging das Napoleonische Zinsgesetz vom 3. Sept. 1807 aus, welches ausdrücklich (Art. 5) die bereits geschlossenen Verträge ausnimmt (vgl. oben S. 33), und obgleich das Gesetz letzteres nur von den Zinsen einfacher Darlehnscontracte verfügt, faßte der pariser Cassationshof diese Bestimmung als eine aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen selbst folgende auf, indem er sie, ein Urtheil des Appellhofs von Caen cassirend, auch auf eine in Getreide constituirte Rente anwandte, welche 12—15 Procent des Rentenkapitals darstellte (Urth. des Cassationshofs von Paris vom 3. Mai 1809; vgl. die Urtheile desselben Hofes vom 5. März 1834 und 15. Nov. 1836; Chabot, Quest. trans. v° Contrat.; Zachariä, Thl. I, §. 30; Troplong, Prêt, Nr. 357).

Von römischen Juristen mag es hinreichen anzuführen: Vangerow, Pandekten, 6. Aufl. (1851), Thl. I, §. 26, S. 68, welcher das Gesetz Justinian's als einen „Machtspruch" und ein „exorbitantes Gesetz" bezeichnet; Puchta, Pandekten, 5. Aufl. (Leipzig 1850), §. 111, e, welcher ganz dieselbe Ansicht ausspricht. Von landrechtlichen Autoren: Bornemann, a. a. O., S. 44: „Auf die vertragsmäßigen Zinsen haben neue Gesetze, welche das Versprechen von Zinsen über eine gewisse Höhe hinaus verbieten, nach *allgemeinen Grundsätzen keinen Einfluß*"; Koch, Allg. Landrecht, Bd. 1, S. 13, Anm. 25, Nr. 5 c (welcher Autor früher — Lehrbuch, Thl. I, §. 36 und 37 — anderer Ansicht war); vgl. Holzschuher, Theorie und Casuistik, 2. Aufl. (Leipzig 1856), S. 48, Nr. 12. — Gerade diese Einstimmigkeit der neuern Autoren mußte es uns zur Pflicht machen, unserer Beweisführung eine an sich vielleicht überflüssig scheinende Ausführlichkeit angedeihen zu lassen.

Eine Ausnahme von jenem Einklang machen Boecking, Einleitung in die Pan-

Wir glauben dasselbe durch unsere Theorie auf das vollständigste gerechtfertigt zu haben, und zwar nicht als ein zulässiges, sondern als ein solches, welches mit Nothwendigkeit die begrifflichen Forderungen der Rechtsidee verwirklicht.

Gleichwol wollen wir uns jetzt der Mühe unterziehen, selbst mit Absehung von unserer Theorie, dies Gesetz zu rechtfertigen. Gelingt uns dies und können wir die dagegen erhobenen Einwürfe der Unrichtigkeit

---

dekten des röm. Privatrechts, 2. Aufl. (1853), I, 318, und Scheuerl, Beiträge, Nr. VI, S. 142. Allein gerade die von ihnen geltend gemachten Gründe, bei denen sich niemand wird beruhigen wollen, nöthigen um so mehr, die wahrhafte Begründung mit aller Sorgfalt zu führen. Boecking erklärt nämlich, in diesem Gesetze deshalb *keine* Rückwirkung zu sehen, weil dasselbe nur verfüge, daß „*noch nicht eingetretene Wirkungen* eines frühern Rechtsgeschäfts oder einer frühern Handlung, welche bei fortgeltendem ältern Rechte eingetreten sein würden, nun *nicht mehr* eintreten sollten". Allein mit dieser schon 1811 von Weber aufgestellten Unterscheidung von *schon eingetretenen* und *noch nicht* eingetretenen Wirkungen eines frühern Rechtsgeschäfts ist ja nicht im geringsten durchzukommen, und mit Recht ist sie deshalb von Savigny unter der Bemerkung, daß sie nur vom Einfluß der lex de usuris abgezogen sei, völlig verworfen worden. Die ersten besten Beispiele zeigen, wie wenig mit dieser Unterscheidung anzufangen ist. Wenn ich einen Erbvertrag geschlossen habe, und nun ein späteres Gesetz die frühere *Form* dieser Verträge für *nichtig* erklärt, oder der *bestimmten Alters- oder Personenklasse*, zu der ich gehöre, Erbverträge untersagt, und ich *nach* diesem Gesetz sterbe, so ist der nun erfolgende Uebergang meines Eigenthums an den andern Contrahenten gleichfalls eine bei dem Erscheinen des Gesetzes „noch nicht eingetretene Wirkung" des frühern Rechtsgeschäfts und kann dennoch nicht ohne stärkste Rückwirkung von dem Gesetz verhindert werden. Oder wenn ich schenke unter einem Gesetz, welches Revocation der Schenkung wegen späterer Geburt von Kindern oder wegen Undankbarkeit des Beschenkten gestattet, ein neues Gesetz diese Revocationsgründe aufhebt und *nun erst* mir Kinder geboren werden oder der Beschenkte in Undankbarkeit verfällt, so ist der Widerruf gleichfalls eine erst nach dem neuen Gesetz *eintretende Wirkung* eines frühern Rechtsgeschäfts, und dennoch wäre es flagrante Rückwirkung, die Widerrufsklage abzuschneiden (s. S. 160—163). Hundert andere Beispiele könnten gegeben werden. Nicht also in dieser haltlosen Unterscheidung, daß die noch nicht eingetretenen Wirkungen früherer Handlungen durch ein späteres Gesetz geändert oder unterdrückt werden können, sondern lediglich in der obigen Theorie hat die lex de usuris ihre einzige und wahre Rechtfertigung. — Scheuerl will sie also rechtfertigen. Er räumt zwar ein: „Hat jemand unter dem Einfluß einer damals geltenden Rechtsregel ein gewisses Recht erworben, so sind nun allerdings an sich auch alle Handlungen, welche in bloßen Ausübungen dieses Rechts bestehen, *erlaubte* Handlungen." Aber er wendet ein: „Das *Dasein eines Rechts* macht es aber nicht unmöglich, daß eine neue Rechtsregel seine *Ausübung* untersage." Was für ein „*Dasein* von Recht" ist denn das aber noch, was gar nicht mehr *ausgeübt* werden kann? Auch würden bei dieser Regel, wie die soeben gegen Boecking angeführten Beispiele zeigen, nicht weniger Thür und Thor der crassesten Rückwirkung geöffnet sein.

und des Widerspruchs mit sich selbst überführen, so ist durch den Nachweis der Rechtmäßigkeit dieses Gesetzes unsere gesammte Theorie über die Einwirkung von Prohibitivgesetzen auf das unwidersprechlichste bewiesen und gegen jede Anfechtung gesichert.

Denn wenn die gegenwärtige Theorie, wie jedem von selbst klar sein wird, auch weit entfernt davon ist, gerade unter dem Einfluß dieses besondern Gesetzes entstanden zu sein, so verhält sich dieses Beispiel doch so zu ihr, daß durch den juristischen Beweis von der innern Rechtmäßigkeit *dieses* Gesetzes *um so mehr* und *a fortiori alles das* erwiesen ist, was wir in Bezug auf die sofortige Einwirkung der früher in diesem Paragraphen analysirten Gesetze entwickelt haben. Dies Beispiel verhält sich jedenfalls so zu unserer Theorie, daß *dieselbe mit ihm steht und fällt*. Durch den juristischen Beweis der Richtigkeit des erstern wird also die Theorie selbst ihren letzten und jeden Widerspruch ausschließenden *empirischen Beweis* empfangen haben.

Zuerst wäre hier zu bemerken, wie das Zinsgesetz Justinian's nicht allein steht, die Gesetzgebungen vielmehr, deren unmittelbares Rechtsgefühl nicht, wie bereits bemerkt, durch eine halbe Theorie wie bei den Autoren irre geführt wurde, gerade in diesem Falle in der Regel dieselben Grundsätze anerkannt haben. So zunächst die preußischen transitorischen Edicte der Jahre 1814 und 1816, welche (s. §. 13 des Patents vom 9. Sept. 1814 für die Provinzen jenseit der Elbe, und §. 17 der zwei Patente vom 9. Nov. 1816 für das Großherzogthum Posen und den Kulm- und Michelauschen Kreis; §. 13 des Patents vom 15. Nov. 1816 für die ehemaligen sächsischen Provinzen, und §. 20 des Patents vom 21. Juni 1825 für das Herzogthum Westfalen) sämmtlich verordnen, daß vom Einführungstage ab

> „in Absicht der Höhe der erlaubten Zinsen die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts und der darauf Bezug habenden spätern Verordnungen dergestalt eintreten, daß, wenn in einem frühern Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze gestatten, von dem Tage der Wirksamkeit der letztern der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigern Zinsen verpflichtet ist."

Savigny, indem er (a. a. O., S. 437) diese preußischen Gesetze, die er „auffällig" findet, berührt, wirft ihnen vor, nicht bemerkt zu haben: „daß sie dadurch dem nahe dabeistehenden Grundsatz, welcher die Folgen der Verträge dem zur Zeit des Abschlusses geltenden Gesetze unterwirft, geradezu widersprechen." Wie wenig dies der Fall ist, hätte Savigny an einer andern Gesetzgebung, der hannöverischen, sehen können, welche wiederum dieselbe Zinsbestimmung wie jene preußischen Patente tref-

sen[1], andererseits auch denselben allgemeinen Grundsatz hinsichts der Verträge sanctioniren, beide Gedanken aber gleich zu einer Einheit verbinden. Es wird nämlich in der Einleitung zu der angezogenen Verordnung für Althannover die Regel aufgestellt: „Die während der Unterbrechungszeit (d. i. während der Herrschaft des fremden Gesetzes) durch erlaubte freiwillige Handlungen und Verträge erworbenen Privatrechte bleiben gültig. Ihre Folgen und Wirkungen, insofern sie nach Unsern Gesetzen durch Privatwillkür bestimmt werden konnten, mithin nicht den in Unsern Gesetzen enthaltenen Verboten entgegenstehen, sind auch ferner nach dem fremden Rechte zu bestimmen, und ist bei deren Interpretation bis zum Beweise des Gegentheils rechtlich anzunehmen, daß die Parteien die Dispositionen der fremden Gesetze stillschweigend zu Grunde gelegt haben." Es ist wahrhaft verwunderlich, wie diese Regel, von der in die Augen fällt, wie sehr sie unsere gesammte Theorie bestätigt, aus Mangel an systematischer Begründung so wenig Einfluß auf die juristischen Ansichten erlangen konnte. —

Das zweite Moment, das bei der Untersuchung des Justinianischen Gesetzes hervorzuheben ist, ist, daß Justinian wenigstens durchaus nicht „eigenthümlich und willkürlich" bei demselben verfahren wollte. Es ist in dieser Hinsicht erforderlich, einen Blick in das in Rede stehende Gesetz zu werfen. Justinian sagt in der L. 27: „De usuris, quarum modum jam statuimus, *pravam quorundam interpretationem penitus removentes* jubemus, etiam eos qui *ante eandem sanctionem* ampliores quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus *suas moderari actiones*, scilicet illius temporis quod ante eandem fluxit legem pro tenore stipulationis usuras exacturas."

Nach Justinian's und seiner Juristen Ansicht war also die in der L. 27 gegebene Verordnung, statt irgendwelche Ausnahmemaßregel darzustellen und in besondern damals etwa vorliegenden positiven Verhältnissen und Nützlichkeitsrücksichten zu wurzeln, vielmehr eine so regelmäßige und mit grundsätzlicher Nothwendigkeit aus den Rechtsgrundsätzen selbst folgende Anwendung der L. 26, daß sie nach ihm sogar eine ganz überflüssige und nur durch irrthümliche Ansichten nothwendig gewordene war. Nach Justinian und seinen Juristen hätte die L. 26, obwol sie in

[1] Siehe die Verordnung vom 23. Aug. 1814 für Althannover, §. 79, und ebenso die Verordnung vom 14. April 1815 für das Fürstenthum Hildesheim und vom 13. Sept. 1815 für Meppen und Emsbüren, §§. 87—89, wo die zu hohen Zinsen, wie sehr richtig, obwol übrigens nach unserer Entwickelung selbstredend ist, selbst für den Fall untersagt werden, „wenn die Verträge durch rechtskräftige Erkenntnisse aus der Zwischenzeit bestätigt worden".

keiner Hinsicht besonders andeutet, was in Bezug auf die bestehenden Verträge eintreten solle, schon von selbst so angewendet werden müssen. Jede andere Anwendung derselben nennt er geradezu eine *prava* interpretatio. Zugleich müssen die Ausdrücke „*quorundam* interpretationem" und „*penitus* removentes" zu zeigen scheinen, daß in der That die von Justinian so hart getadelte Auslegung nur eine vereinzelte, nicht die allgemeine war, und blos zu ihrer gänzlichen Verhütung das neue transitorische Gesetz erlassen wurde. — Unbegreiflich bleibt es demnach, wie Savigny und Bergmann[1] davon sprechen können, daß hier etwas Ausnahmsweises und nach der Annahme des römischen Gesetzgebers von der Regel Abweichendes von ihm verordnet worden sei. Vielmehr würde sich diese Verordnung nur durch eine gänzliche Täuschung Justinian's und seiner Juristen erklären lassen.

Statt daß dies der Fall sei, läßt sich aber vielmehr darthun, daß Savigny durch die Verwerfung jener Wirkung des Zinsgesetzes Justinian's sogar in den handgreiflichsten Widerspruch mit sich selbst tritt. Um denselben bis zur Evidenz nachzuweisen, braucht blos danebengestellt zu werden, wie Savigny die Einwirkung der bekannten Vorschrift des Art. 340 Code civil[2] auf die bereits erzeugten unehelichen Kinder rechtfertigt. Auch hier sind durch die Erzeugung derselben unter einer der Geschwächten und den Kindern bestimmte Rechtsansprüche zuertheilenden Gesetzgebung erworbene individuelle Rechtsverhältnisse und Verpflichtungen entstanden. Gleichwol sagt Savigny[3]: „Man hat dieses Gesetz mit Unrecht getadelt, als ob es eine ungehörige Rückwirkung enthielte. Man hat es ebenso mit Unrecht vertheidigt, als ob es den persönlichen Zustand an sich zum Gegenstand hätte. Die wahre Rechtfertigung liegt darin, daß es ein Gesetz von zwingender Natur ist" — nämlich sittlichen Beweggründen entflossen, wie Savigny zuvor auseinandergesetzt hatte.

Wir haben gesehen, daß es für ein Gesetz durchaus noch nicht hinreicht, von zwingender Natur zu sein, um auf die durch individuelle Handlungen constituirten Rechtsverhältnisse einwirken zu können; daß vielmehr eine solche Wirkung keineswegs eintreten darf, wenn das zwingende Gesetz — wie z. B. Verbot des Zeugenbeweises bei Forderungen über einen gewissen Betrag u. s. w. — nur bestimmte Bedingungen und Arten von Handlungen, durch welche sich das Individuum bisher mit einem Rechtsinhalt zusammenschließen konnte, prohibirt, nicht aber diesen qualitativ bestimmten Rechtsinhalt selbst, als einen jeder Willenshandlung nun-

---

[1] A. a. O., S. 192 fg. u. a. and. St.

[2] „La recherche de la paternité est interdite."

[3] A. a. O., VIII, 529.

mehr schlechthin unzugänglichen, aus der rechtlichen Eigenthumssphäre des Individuums hinauswirft.

Sehen wir inzwischen gegenwärtig von diesem Unterschied ab. Wenn Savigny deshalb, weil jenes über den verbotenen Beweis der Vaterschaft handelnde Gesetz ein zwingendes ist, zugibt, daß es auf Rechtsverhältnisse, die durch individuelle Handlungen begründet sind, einwirken darf, warum gibt er dies von den Wuchergesetzen nicht zu? Ist ein Wuchergesetz weniger als jenes andere sittlichen und ökonomischen Motiven entflossen? Ist es weniger zwingender Natur? Die Inconsequenz ist also eine schreiende.[1] —

[1] Es muß übrigens bei diesem Anlaß wiederholt bemerkt und gegen Savigny festgehalten werden, daß jedes Gesetz ein zwingendes ist, welches das Abweichen der Privatwillkür absolut ausschließt, gleichviel welchen Motiven, sittlichen oder andern, es entflossen sei. Wenn man dies nicht festhält, so gibt es überhaupt gar keinen festen Begriff von zwingenden Gesetzen mehr. Nichts ist daher irriger als die Unterscheidung, die Savigny bei seiner Behandlung der örtlichen Collision der Gesetze (VIII, 34 fg.) zwischen den absoluten (die Privatwillkür ausschließenden) und den zwingenden Gesetzen behauptet, unter welchen letztern er nur solche absolute Gesetze verstehen will, welche auf sittlichen Gründen oder auf „Gründen des öffentlichen Wohls (publica utilitas), mögen diese nun mehr einen politischen, polizeilichen oder volkswirthschaftlichen Charakter an sich tragen", beruhen und also „außerhalb des reinen Rechtsgebiets" ihre Wurzel haben. Savigny behauptet aber diesen Unterschied blos; weit entfernt, ihn zu beweisen, versucht er nicht einmal aufzuzeigen, woher er stammen und worin er liegen soll. Es läßt sich gar nicht absehen, und wird auch nicht von ihm dargelegt, warum absolute, Privatwillkür ausschließende Gesetze, welche nichts geringeres als die gesammte Rechtsanschauung eines Volks (das reine Rechtsgebiet) zur Quelle einer mit Nothwendigkeit jedes Abweichen der Privatfreiheit ausschließenden Kraft haben. In der That aber ist diese ganze Unterscheidung an sich selbst eine unhaltbare. Jedes absolute Gesetz ist Gründen des öffentlichen Wohl entflossen; es würde sonst schon gar keine Veranlassung haben, das Abweichen der Privatfreiheit auszuschließen, und jedes dieses Abweichen ausschließende Gesetz wird daher auch von den Römern mit vollem Recht zum jus publicum gezählt (s. oben S. 17, Anm. 1). Als absolute, nicht zwingende Gesetze zählt Savigny auf: die Gesetze über die Einschränkung der Handlungsfähigkeit wegen des Alters, des Geschlechts u. s. w.; ferner die Gesetze über die Formen der Uebertragung des Eigenthums (ob durch bloßen Vertrag oder durch Uebergabe). Die Gesetze über die Handlungsfähigkeit der Unmündigen wurzeln aber in der staatlichen Vorsorge, daß Unreifheit der Vernunft nicht gemisbraucht und daß der Ruin der Personen vor entwickelter Denkfähigkeit verhindert werde, sind also polizeilichen Charakters und durchaus mit Gründen des öffentlichen Interesses zusammenhängend. Dasselbe ist der Fall bei Bestimmungen über die Handlungsfähigkeit des weiblichen Geschlechts, während Gesetze über die Handlungsfähigkeit von Ehefrauen auf der eheherrlichen Gewalt und somit ganz offenbar auf sittlichen Anschauungen vom Dasein der Familie und ihrer Einheit beruhen, wie denn überhaupt alle gesetzlichen Vorschriften über die Personengewalt in schlechthin zwingenden Anschauungen des öffent-

Endlich ist ersichtlich, daß nach Savigny's eigener Formel vom Dasein der Rechte, wenn dieselbe, wie in der von uns entwickelten Theorie

---

lichen Rechts wurzeln. Die Vorschriften, daß Eigenthum nur durch schriftlichen Vertrag oder resp. nur durch daztretende Uebergabe gültig übertragen werde, haben wie alle Formsolennitäten zunächst schon den Grund: die Unzweideutigkeit des Willens zu manifestiren und zu gewährleisten, und beruhen schon deshalb, wie alle Bestimmungen, deren Zweck es ist, das Dasein des freien Willens gegen ungewollte Aufhebung seiner sicherzustellen, auf der Anschauung von der persönlichen Freiheit, die also im höchsten Maße Sache des öffentlichen Interesses ist. Hätte ein absolutes Gesetz dieser Art selbst keinen andern Grund als den ganz positiven, daß in einem Gebiete eine beliebige einheitliche Regel herrschte, um die Möglichkeit der Verwirrung auszuschließen oder doch Vereinfachung zu erzielen — und diesen Grund müßte doch zum mindesten ein Gesetz haben, welches so weit geht, jede Abweichung der Privatfreiheit auszuschließen —, so sind ja derartige äußerlich-positive Gesetze gerade solche, welche, wie die Römer dies nannten, propter necessitatem oder utilitatem und contra rationem juris gegeben sind, und deshalb, weil nur um des öffentlichen Nutzens willen vorhanden und von polizeilichem Charakter, am meisten zwingender Natur sind (vgl. hierzu Savigny selbst, I, 61, und VIII, 35). — Das einzige Element, das Savigny noch bei seinen, dem reinen Rechtsgebiet entflossenen und deshalb nicht-zwingenden, absoluten Gesetzen im Auge haben kann, ist somit das eigentlich logisch-juristische Element. Aber gerade hier läßt sich am wenigsten absehen, warum eine Vorschrift, die einem Volksgeist mit solcher absoluter Nothwendigkeit den logischen Denkgesetzen selbst zu entfließen scheint, daß jede Abweichung ausgeschlossen ist, für weniger zwingend gelten sollte, als die Gesetze sittlichen, polizeilichen und ökonomischen Inhalts. Eine solche Forderung würde darauf hinauslaufen, daß es ein Volk mit den Gesetzen seiner gesammten Denkthätigkeit überhaupt, mit seiner Vernunft-Nothwendigkeit selbst, weniger streng nehme als damit, was ihm in einem besondern Gebiete erforderlich erscheint, und würde um so unmöglicher sein, als vielmehr die Gesetze sittlichen, ökonomischen, polizeilichen Inhalts u. s. w. nur eine Anwendung jener logischen Denkthätigkeit des Volksgeistes auf die besondern Felder und Gebiete seines Daseins und auf besondern Stoff darstellen. Die Römer haben dies sehr wohl gefühlt und deshalb stets den aus diesem logisch-juristischen Element hervorgegangenen absoluten Gesetzen eine ebenso zwingende und vernichtende Kraft eingeräumt, als irgendwelchen andern. So ist es, um dies an einem Beispiel klar zu machen, eine rein aus dem logisch-juristischen Elemente hervorgegangene absolute Rechtsregel, daß, was ohnehin schon mein ist, nicht noch mehr mein werden und deshalb niemand stipuliren kann, daß ihm eine ihm ohnehin schon gehörige Sache gegeben werde (L. 82 de v. o., 44, 1; Inst. de actionibus, VI, §. 14; Inst. de legatis, XX, §. 10; L. 159 de r. j., 50, 17). Dem wird nun zunächst die zwingende Folge gegeben, daß, wenn die Sache zur Zeit der Stipulation eine fremde und die Stipulation also utilis war, dieselbe, wenn ich inzwischen das Eigenthum an der Sache erlange, hierdurch factisch rückwirkend vernichtet wird (Inst. de inutil. stipulat., XIX, §. 2). Es war nur eine weitere Anwendung jener Regel, daß der Eigenthümer der Sache den Nießbrauch nicht besonders erlangen kann (L. 5 Si usufr. pet., VII, 6 u. a. a. St.). Dem gab man die zwingende Folge, daß das frühere Legat des Nießbrauchs an einer Sache durch den spätern Erwerb des

geschehen, zu ihrem eigenen Selbstverständniß gebracht und in ihre Wahrheit erhoben wird, jenes Gesetz sich rechtfertigt. Was Savigny innerlich stört, ist, obwol er dies nicht in dieser Weise ausspricht, offenbar dies, daß Zinsen für Darlehen noch weiter ausbedungen werden können, das Gesetz über die Zinsenhöhe sich ihm daher als ein Gesetz über die Gültigkeit an sich erlaubter Handlungen und somit über den Erwerb von Rechten darstellt. Wenn aber das Recht, Zinsen auszubedingen, weiter existirt, so ist doch das Recht: mehr als 6 Procent zu nehmen, untergegangen. Dies bestimmte Recht — es ist natürlich gleichgültig, daß es in diesem Fall eine quantitative Grenze ist, an der sich die qualitative Bestimmtheit des Rechts ändert und Zins in Wucher übergeht — existirt überhaupt nicht mehr. Und es muß daher vielmehr gesagt werden, daß dies Gesetz, bei richtiger Auffassung dieser Formel, das Dasein der Rechte betrifft.

Auf gleicher Linie wie das Zinsgesetz steht auch die Aufhebung der lex commissoria durch Kaiser Konstantin. Es war bis dahin erlaubt, eine Sache dem Gläubiger mit der Verabredung zu verpfänden, daß sie ihm, wenn er nicht bis zu einer bestimmten Zeit befriedigt sei, zum Eigenthum verfallen sein solle. Konstantin verbot diese „asperitas", von der er dabei selbst sagt, daß sie mehr als andere zu Beraubungen Anlaß gab, und zwar so, daß dies Verbot auch die bereits gethätigten Pfandverträge dieser Art infirmiren sollte.[1] Es kann nicht wundernehmen, wenn Savigny (VIII, 423) und überhaupt alle, welche in Bezug auf das besprochene Zinsgesetz der von uns widerlegten Meinung sind, hierin gleichfalls eine Ausnahme und eine Verletzung der Grundsätze erblicken.[2]

Eigenthums an derselben durch den Legatar vernichtet werde, und Julian hält dies mit Recht so fest, daß, wenn mir der Nießbrauch an einem Grundstück pure vermacht ist, das nackte Eigenthum an demselben aber sub conditione dem Titius, und ich während der hängigen Bedingung das Eigenthum erwerbe, darauf aber die Bedingung eintritt, Titius jetzt nicht nur das nackte Eigenthum, sondern Eigenthum und Nießbrauch am Grundstück haben wird, weil mein Nießbrauchsrecht durch den Erwerb des Eigenthums einmal zu Grunde gegangen ist und Titius also, da der Nießbrauch nicht mehr vom Eigenthum getrennt ist, dasselbe als volles Eigenthum erwirbt.

[1] L. 3 C. de pactis pignor. (8, 35): „Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescerit asperitas, placet *infirmari* eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis *igitur* (dies igitur führt das Nachfolgende als eine selbstredende Consequenz des infimari ein, nicht als eine zusätzliche Ausnahme) tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare, quod dederunt."

[2] In welcher Hinsicht man aber mit Recht — je nachdem man das Gesetz

Wenn es aber leicht möglich ist, die Kaiserconstitutionen der Eigenthümlichkeit und Willkürlichkeit beschuldigen zu wollen[1], oder besondere factische Umstände und Rücksichten statt Rechtsregeln als den Grund ihrer Veranlassung anzusehen, so wird diese Auffassung doch bei den Juristenentscheidungen des Pandektenrechts von selbst nicht möglich sein.

Wenn es daher gelänge, das von uns entwickelte Princip als Grundsatz des Pandektenrechts nachzuweisen, so würden wir demselben die letzte und vollständigste Sicherstellung gegeben haben, welche überhaupt denkbar ist.

Und obgleich die Pandekten auf den ersten Blick nirgends eine Entscheidung über das enthalten, was bei einer Veränderung im Gesetze einzutreten habe, wie mindestens bisher von allen Autoren stets angenommen[2] und häufig beklagt wurde, wird es, so paradox diese Versicherung zunächst erscheinen mag, nichtsdestoweniger gelingen, diesen Nachweis mit vollster Evidenz zu erbringen! Und sicherlich wird derselbe der Mühe seiner Führung lohnen.

Wir müssen zu diesem Zweck zuvörderst einen Blick auf das sehr analoge Princip werfen, welches die Pandekten für factische Veränderungen bei Vertragsverhältnissen aufstellen. Dasselbe lautet nun bekanntlich in ganz allgemeiner Fassung und in sehr zahlreichen Stellen dahin, daß bei Verträgen immer auf den Anfang zu sehen sei (ad initium spectandum) oder auf die Zeit, wo wir contrahiren (tempus quo contrahimus).[3] Oder wie z. B. der Kaiser Alexander dasselbe ausdrückt[4]:

---

interpretirt — in demselben eine Rückwirkung finden könnte, werden wir im folgenden Paragraph sehen.

[1] Ein flagrant rückwirkendes Gesetz ist z. B. die L. 23 C. de SS. eccl. (1, 2), durch welche Justinian den Kirchen und frommen Stiftungen das Privilegium ertheilt, daß erst in hundert Jahren (statt in dreißig) Verjährung ihrer Klagrechte eintreten solle. Denn am Ende dieses Gesetzes sagt Justinian: „Haec autem omnia observari sancimus in iis casibus qui vel postea fuerint nati, vel jam in judicium deducti sunt." Merkwürdigerweise ist es gerade diese Verleihung der hundertjährigen Verjährung an die Kirchen, welche Procopius als einen speciellen Fall für seine Behauptung anführt, daß sich Justinian durch Bestechung habe zu dem Erlaß von Gesetzen bewegen lassen (Anecdot., c. 28 und c. 13, 14 ib.). War das Gesetz selbst ein erkauftes, so ging dann natürlich auch die Rückwirkung um so leichter mit in Einem hin.

[2] Das Gesetz des Theodosius gilt daher als die älteste Entscheidung des Römischen Rechts hierüber, siehe Savigny, VIII, 392, 394.

[3] Siehe z. B. Ulpian und Labeo in der L. 8 mandati (17, 1) praef.: „— uniuscujusque enim contractus *initium* spectandum et causam." Paulus in der L. 78 de v. o. (44, 1): . . . „quia in stipulationibus *id tempus* spectatur, quo contrahimus." Julian in der L. 58 pro socio (17, 2): „. . . initium enim in his contractibus respiciendum" u. s. w.

[4] L. 3 C. de confirm. tutor. (5, 29).

„Id quidem, quod jure gestum est, revocari non potest."

Es erhellt von selbst, daß, so oft vor oder nach Savigny der Grundsatz desselben ausgesprochen wurde, daß eine Veränderung in der Gesetzgebung auf die bestehenden Verträge nicht influiren könne, vielmehr „das Recht eines Vertrags stets nach dem Gesetz, welches zur Zeit des geschlossenen Vertrags bestand", zu beurtheilen sei, dies immer, bewußt oder unbewußt, eine analoge Anwendung desselben Gedankens war, welchen die Pandekten für den Fall thatsächlicher Veränderungen bei Vertragsverhältnissen feststellen.

Allein diesem Princip diametral gegenüber finden wir in den Pandekten auch bereits das direct entgegengesetzte Princip, welches uns Marcellus in folgender Weise berichtet[1]:

„— — et maxime secundum illorum opinionem qui etiam *ac quae recte constituerunt resolvi putant, quum in eum casum inciderunt, a quo non potuissent consistere.*"

Aus den Worten, mit welchen Marcellus diesen Grundsatz anführt (secundum *illorum* opinionem qui putant) ergibt sich bereits, daß derselbe — in dieser abstracten Form — auf starken Widerstand gestoßen haben müsse, und Paulus scheint ihn geradezu zu leugnen in seinem Ausspruch[2]:

„*Non est novum*, ut, quae semel utiliter constituta sunt, *durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium coepere non potuerunt.*"

Allein derselbe Paulus klärt uns anderwärts weit richtiger darüber auf, welches der wahre Sinn und Umfang dieses Widerspruchs sei[3]:

„Etsi placeat, extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, *non tamen hoc in omnibus verum est.*"

Und in der That verfährt er geeigneten Ortes eben sowol nach dieser Regel[4], wie Marcellus in der zuerst bezogenen Stelle. —

Nicht weniger bringt Modestinus dieselbe in Anwendung[5]:

„Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem *in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.*"

---

[1] L. 98 de v. o. (45, 1).

[2] L. 85, §. 1, de reg. jur. (50, 17).

[3] L. 140, §. 2, de v. o. (45, 1).

[4] Z. B. L. 136, §. 1, de v. o. (45, 1): „Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, *postea* fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, *evanescit stipulatio.*"

[5] L. 11 de servitut. (8, 1).

Ganz ebenso bestimmt wie Modestinus äußert sich Marcian darüber:

„Item si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemtus sit, legatum extinguitur; *nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.*“ [1]

Und derselbe nochmals anderwärts:

„— quia in eum casum res pervenit, *a quo incipere non potest.*“ [2]

und zwar tritt hier dies Princip nur als der Grund auf für eine in der unmittelbar vorhergehenden L. 15 daselbst gegebene Entscheidung Ulpian's. Dieser verfährt übrigens gleichfalls ganz aus ausdrücklich nach demselben [3]:

„Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi judicium Marcellus libro tertio Digestorum scribit, *quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.*“

Es erhellt hieraus also, daß, wie ohnehin von selbst klar gewesen wäre, der Einspruch sich nur gegen die Allgemeinheit der Regel, nicht aber gegen das Platzgreifen derselben in gewissen concreten Fällen richtet und richten läßt. Wenn sie aber nur in irgend welchen Fällen richtig ist, so folgt schon hieraus, daß auch die erste ihr entgegengesetzte Regel, wenn sie auch quantitativ häufiger zur Anwendung zu kommen hat, doch ebenso wenig Anspruch auf absolute Wahrheit hat, als die ihr gegenüberstehende zweite; daß beide vielmehr ebenso wahr als falsch sind, was darauf beruht, daß beide dem wahrhaften Begriffe entflossen sind und Momente desselben darstellen, keine von beiden aber ihn in seiner Totalität in sich enthält.[4]

---

[1] L. 3 de his quae pro non scriptis (34, 8).

[2] L. 16 ad L. Aquil. (9, 2).

[3] L. 11 de judic. (5, 1). Vgl. endlich §. 6, Inst. de nox. act. (4, 8): „Unde si alienus servus noxam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio quia *in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit.*“

[4] Es ist überhaupt der abstracten Form der Regel ganz unmöglich, den Begriff in dem wahrhaften Reichthum seiner Bestimmungen und der Einheit seiner Momente in sich zu fassen. Die Regel kann — als abstracte Verstandesthätigkeit — immer nur das eine der begrifflichen Momente scharf herausheben und isoliren. Hierauf beruht die allgemeine Erscheinung, daß die Regeln, die in den Pandekten aufgestellt werden, so häufig höchst bedenklicher und irreleitender Natur, die danach gegebenen concreten Entscheidungen aber richtig sind. Es ist nur das Eingeständniß des Verstandes, daß er den Begriff, unter dessen treibender Thätigkeit er arbeitet, nie in seiner adäquaten Reinheit herauszuringen vermag, welches sich in

Auch dieser zweite Grundsatz — dieser also, daß der Vertrag hinfällig wird, wenn ein solcher Fall eintritt, in welchem der Vertrag, falls er nicht geschlossen wäre, auch gar nicht mehr geschlossen werden dürfte — ist in den Pandekten zunächst nur in Hinsicht auf factische Veränderungen aufgestellt.

Gleichwol müssen wir unsere volle Verwunderung aussprechen, daß noch niemand daran gedacht hat, bei der Bearbeitung unserer Materie auch auf dies letztere Pandektenprincip zurückzugehen und es ebenso in analoger Weise — also mit Berücksichtigung des Unterschiedes der etwa zwischen factischen und rechtlichen Veränderungen stattfindet — auf die Einwirkung neuer Gesetze auf Verträge anzuwenden, wie sich die Lehre, daß beim Rechtswechsel der Vertrag immer nur nach dem Gesetz zur Zeit seiner Schließung zu beurtheilen sei, von selbst als die analoge Anwendung jenes ersten, gleichfalls für factische Aenderungen gegebenen Pandektenprincips darstellt.

Und diese Verwunderung ist um so legitimer, als nicht nur die Analogie, welche überhaupt innerhalb gewisser Grenzen zwischen factischen und rechtlichen Veränderungen stattfindet, ganz einleuchtend, sondern auch ganz anerkannt ist, und Savigny, wie bereits Bergmann und andere vor ihm, gerade auf diese Analogie ihre ganze Lehre über den Einfluß des Gesetzwechsels auf das Erbrecht gründen, indem sie bei Gesetzesveränderungen zwischen Testament und Tod, Tod ab intestato und Erbanfall u. s. w., fast überall dieselben Regeln zur Anwendung bringen, die nach römischer Lehre bei Aenderungen in den thatsächlichen Verhältnissen zwischen Testament und Tod u. s. w. eintreten, und gerade durch diese Uebertragung, und sich direct auf sie gründend, ihre Resultate gewinnen. (Vgl. Savigny, VIII, 450 fg., 461 fg., 484 fg., 488 fg.)

Und sicherlich hätte man jenes zweite von Marcellus, Paulus, Marcianus, Modestinus und Ulpian bekundete Princip ebenso sehr analog auf den Fall von Veränderungen in der Gesetzgebung angewendet, wie man dies bewußt und ausdrücklich mit den erbrechtlichen Bestimmungen, wie man es in der allgemein gültigsten Weise und häufig selbst ganz unbewußt mit dem ihm entgegenstehenden Princip über die bei factischen Veränderungen allein in Betracht kommende Zeit der Vertragschließung gethan, so würde man gerade hierdurch letzteres von seiner Einseitigkeit gereinigt haben, und dadurch zu der ganzen und vollen begrifflichen Wahrheit und — wie für jeden, dem dies noch nicht von

---

den Worten des Paulus ausspricht: „Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat" (L. 1 de r. j. 50, 17), oder in dem bekannten „Omnis definitio in jure civili periculosa" (L. 202 de r. j.).

selbst einleuchtet, vorläufig als bloße Vermuthung ausgesprochen sein mag — ganz zu der Theorie über die Einwirkung von Prohibitivgesetzen auf Verträge gekommen sein, die wir im Vorstehenden entwickelt haben!

Allein um diese analoge Uebertragung vornehmen zu können, hätte man zuvor innerhalb des Kreises blos factischer Veränderungen klar die allgemeinen Bedingungen feststellen müssen, unter welchen jedesmal das zweite Princip zur Anwendung zu kommen hat oder nicht, und also folgeweise das erste platzgreifen muß. Das heißt, man hätte beide Grundsätze in ihrem sich gegenseitig ergänzenden begrifflichen Verhältniß zueinander erkennen müssen. Daß sich das zweite Princip, wegen seiner quantitativ weniger häufigen Anwendbarkeit, zu dem ersten wie die Ausnahme zur Regel verhalte, — mit einer solchen Erklärung ist natürlich die Sache weder erkannt noch irgendwie von der Stelle gebracht. Denn es handelt sich dann nach wie vor darum: die begriffliche Bestimmung zu treffen, wo jedesmal die sogenannte eigentliche Regel und wo die Ausnahmeregel zur Anwendung kommen müsse. Aber gerade eben an diesem ersten Erforderniß fehlte es bisher. Umsonst versuchte J. Gothofredus[1] diese Aufgabe zu lösen, und im Grunde ganz ebenso wenig ist dies dem Italiener Averanius gelungen, welcher ihr einige Kapitel seiner Interpretationes Juris gewidmet hat.[2]

Wir beabsichtigen inzwischen unsererseits nicht, uns dieser Aufgabe hier in directerer Weise zu unterziehen, als durch die Elemente von selbst geschehen ist, die im Vorstehenden für dieselbe bereits geliefert sind und im Verlauf noch geliefert werden sollen. Wir beabsichtigen dies nicht, weil einmal hierzu, für so lösbar wir diese Aufgabe halten und so sehr die Lösung derselben in dem bisherigen und fernern Inhalt dieses Paragraphen, sowie in dem des §. 10 an sich bereits vollbracht sein dürfte[3], zu ihrer Heraushebung eine besondere Zusammenstellung erforderlich wäre, deren wir, wie sich bald zeigen wird, für unsern Zweck zunächst nicht mehr benöthigt sind, und ferner, weil

---

[1] Im Tit. de r. j., L. 85, §. 1.

[2] Jos. Averanius, Interprett. Juris, lib. IV, c. 20—26, 3. Ausg. (Leyden 1753), II, 764—841.

[3] Und freilich muß diese Lösung auch durch unsere Arbeit vollbracht sein. Denn der Gedanke, warum und inwiefern der Rechtswechsel frühere Rechtsverhältnisse aufheben kann, ist mit der Frage, warum thatsächliche Veränderung dies nicht vermag und wo auch sie es vermag, innerlich so connexer Natur, daß sich der erste gar nicht aus seiner speculativen Tiefe entwickeln läßt, ohne durch das hieraus über die innerste Gedankennatur des Rechts sich ergießende Licht auch die zweite Frage und ihre begrifflichen Unterschiede in vollkommene Helle gestellt zu haben.

selbst das Resultat einer solchen Nachweisung, als nur für Veränderungen in den thatsächlichen Verhältnissen maßgebend, noch nicht ohne weiteres auf die Veränderungen in der Gesetzgebung zu übertragen wäre. Denn so weit wir davon entfernt sind, jede Analogie zwischen diesen beiden Arten von Veränderungen zu leugnen, so wenig findet doch Identität zwischen beiden statt, oder vielmehr es findet Identität und Unterschied zugleich statt, und beide würden durch eine neue Entwickelung erst wieder sehr sorgfältig auseinander zu halten sein. Wir werden in dieser Hinsicht später sehen (in den Anwendungen, Nr. VI), daß Savigny zu vielen irrigen Resultaten beim Erbrecht eben dadurch gelangt, daß er den bestimmten Unterschied der begrifflichen und rechtlichen Wirkungen, welche den thatsächlichen und gesetzlichen Veränderungen zukommen, sich nicht entwickelt, und beide, wie dies bei der unklaren Kategorie der „Analogie" stets widerfährt, als analog behandelt hat in Punkten, in welchen sie durchaus begrifflich auseinandergehen.

Diesen begrifflichen Unterschied zu entwickeln, welcher den Wirkungen thatsächlicher und rechtlicher Veränderungen zukommt und die Rechtsverschiedenheit dieser Wirkungen bestimmt, halten wir nun allerdings für eine unabweisbare Aufgabe eines jeden, der unsere Materie gründlich zu lösen beabsichtigt. Und so wenig einer unserer Vorgänger auch nur den Versuch dazu gemacht hat, so werden wir dennoch in §. 10 genöthigt sein, diesen Unterschied aus seiner begrifflichen Tiefe heraus zu entwickeln. — Allein gegenwärtig ist dies noch nicht erforderlich.

Denn die Pandekten enthalten — und ebendeshalb ist es für unsern jetzigen Zweck völlig überflüssig, die bezeichneten Erörterungen hier vorzunehmen — in den Entscheidungen, welche sie unter der Einwirkung des zweiten Princips von der nachträglichen Hinfälligkeit der Obligationen geben, mindestens einige Fälle, in welchen die eingetretene Veränderung nur ganz scheinbar einen Wechsel in den **thatsächlichen** Verhältnissen, in Wahrheit aber einen Wechsel in den **rechtlichen** Verhältnissen, eine Veränderung in der **Gesetzgebung** darstellt!

Wenn eine Sache verkauft wurde und nach abgeschlossenem Verkauf, aber noch ehe die Tradition an den Käufer erfolgte, ohne die Schuld des Verkäufers in irgendeiner Weise zu Grunde ging, so bleibt nach römischer Lehre der Verkauf bestehen und der Verkäufer[1] hat das Recht, den verabredeten Kaufpreis vom Käufer zu fordern. Die Sache ist auf Gefahr des Käufers zu Grunde gegangen, ohne daß dadurch der Verkaufsvertrag entkräftet wird.

[1] Denn er hat den Käufer in obligatione, und diese obligatio ist nicht zu Grunde gegangen.

Die Institutionen enthalten diese Lehre auf das ausdrücklichste[1]:

„Quum autem emtio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumatae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit; *emtoris damnum est*, cui necesse est *licet rem non fuerit nactus, pretium solvere; quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*"

Ebenso bestimmt wird diese Lehre in den Entscheidungen der Pandekten vorgetragen, z. B. von Julianus[2]:

„Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor *liberetur* et *emtori homo pereat;* quare, nisi justa conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt"

und von andern.[3]

In allen diesen Fällen des Untergangs bestand derselbe in dem Eintreten einer Veränderung in den thatsächlichen Verhältnissen der Sache. Er war rein factischer Natur. Diese Veränderung berührt also den gültigen Fortbestand des Contracts nicht.

Wie aber, wenn eine verkaufte Sache vor der Tradition — und zwar ohne Schuld des Verkäufers — *extra commercium* erklärt worden ist? Wenn also ein Grundstück publicirt worden, oder eine Sache zur res sacra vel religiosa erklärt worden, oder ein fremder Sklave, den ich verkauft habe, freigelassen worden ist?

Constatiren wir zunächst, daß diese Art von Veränderung keine blos factische mehr ist, sondern eine solche nur scheinbar, in der That aber eine Veränderung rechtlicher Natur, eine Veränderung in der die Sache betreffenden Gesetzgebung darstellt.

Veränderung in der Gesetzgebung besteht bekanntlich, zum Unterschied von der factischen Veränderung, darin, daß, während die Sache in ihren

[1] Inst. §. 3 de emtione et venditione (3, 23).

[2] L. 5, §. 2 de rescind. vendit. (18, 5).

[3] Paulus in der L. 21 de heredit. vel act. vend. (18, 4). Celsus in der L. 16 de condictione causa data c. n. s. (12, 4), der nicht beim Verkaufscontract, sondern nur bei der Obligation ob rem datam non secutam ein anderes annehmen will, und endlich die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximinian L. ult. C. de pericul. et comm. rei vend. (4, 48).

thatsächlichen Verhältnissen dieselbe geblieben, nur die Rechtsregel, unter welche sie zu subsumiren ist, eine andere geworden ist.

In der That ist es dies, was in jenen Fällen vorliegt. Das ihnen anklebende Moment factischer Veränderung besteht lediglich darin, daß hier für eine individuell-bestimmte Sache[1] eine neue Rechtsregel erlassen, resp. jene Sache unter eine andere Rechtsregel als ihre bisherige subsumirt worden ist. Diese Veränderung hat somit nur die Natur einer *lex specialis*, die für eine individuell-bestimmte Sache erlassen worden ist, aber immerhin also die Natur einer legalen Veränderung. Für die gegenwärtige Frage ist es schlechthin gleichgültig, ob ein bestimmter Garten oder ein gewisser Stichus unter ein neues Gesetz fällt, weil für das ganze Genus, unter welches auch dieser bestimmte Garten und dieser bestimmte Stichus fällt, ein neues Gesetz verkündet worden, oder weil nur für diesen bestimmten Garten und diesen bestimmten Stichus ein solches erlassen worden ist. — Es ist für die uns hier beschäftigende Frage ebenso schlechthin gleichgültig, ob das neue Gesetz eine solche Rechtsregel ist, die bisher noch gar nicht bestand, oder die bisher zwar schon bestand, aber nicht für diese bestimmten Objecte bestand, die jetzt unter sie subsumirt werden. Die römischen Juristen behandeln es daher in ihren bald anzuführenden Aussprüchen mit Recht als ganz auf derselben Linie stehend, ob ein Sklave von seinem Herrn freigelassen oder ob „lege aliqua" eine Sache sacrirt oder ein Grundstück publicirt oder ein Sklave freigelassen worden sei u. s. w. Und ebenso wenig wird jemand bezweifeln können, daß die Entscheidungen, welche sie für diese Fälle geben, nothwendig dieselben bleiben müßten, wenn alle Gärten dieser Art publicirt, alle Sachen dieser Gattung zu res sacrae vel religiosae gemacht, alle Sklaven dieser Beschaffenheit oder alle Sklaven überhaupt freigegeben würden und diese individuellen Objecte nun um des Genus willen, dem sie angehören, unter ihren neuen Rechtszustand zu subsumiren wären.

Am klarsten und einfachsten tritt aber die Wahrheit des Gesagten z. B. daran hervor, daß eine Sache zu einer res sacra bekanntlich immer nur durch ein besonderes Gesetz gemacht werden konnte: Sed sacrum quidem *solum* existimatur auctoritate populi Romani fieri; consecratur enim *lege de ea re lata aut senatusconsulto facto.*[2]

---

[1] Der für den gegenwärtigen Zweck noch gleichgültige begriffliche Unterschied zwischen dem durch factische Momente vermittelten Rechtswechsel und dem reinen Rechtswechsel wird gleichfalls im §. 10 zu seiner Entwickelung gelangen.

[2] Gajus, II, §. 5. — L. 6, §. 3; L. 9 de div. rer. (1, 8); Inst., II, 1,

So viel ist also hierdurch klar bewiesen, daß die Pandekten, wie man merkwürdigerweise stets unbeachtet gelassen hat, in den angegebenen Fällen gerade solche Fälle setzen und entscheiden, in denen zwischen der Abschließung des Vertrages und seiner Erfüllung ein Wechsel in dem die Sache regierenden Gesetze eingetreten ist.

Und wie entscheiden sie nun die in Rede stehenden Fälle?

Sie entscheiden sie auf das bestimmteste dahin, daß, wenn die Sache zwischen Verkauf und Tradition zu einer res sacra vel religiosa oder publicirt worden ist, im stricten Gegensatz zu dem, was für den Fall ihres factischen Untergangs in diesem Zeitraum gilt, der Käufer weder die Sache, noch der Verkäufer den Kaufpreis fordern, ersterer vielmehr diesen, wenn er schon gezahlt ist, zurückverlangen kann; daß also hier durch die inzwischen eingetretene Erklärung der Sache zu einer *res extra commercium* der Vertrag selbst nachträglich hinfällig und ungültig wird.

So Paulus[1]:

> „Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam — — — inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. *Nam et quum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit.*"

Und so vernichtet ist dann die Obligation, daß sie nicht wieder auflebt, wenn durch ein anderes Gesetz die Sache wieder profan, oder wenn Stichus wieder zum Sklaven geworden, wie Paulus daselbst ausdrücklich weiter erklärt:

> „*Nec revocantur in obligationem*, si rursus *lege aliqua* et res sacra *profana esse coeperit*, et Stichus ex libero *servus effectus* sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit."

Es zeigt sich also hieran, daß nicht blos wegen der factischen Unmöglichkeit die Ausführung der Obligation fortfällt, weil diese dann nur bis zur wiedereingetretenen Möglichkeit sistirt sein müßte[2], sondern daß die Existenz der Obligation selbst vernichtet wird.

---

§. 8; Festus v. Sacer mons, ed. O. Müller, p. 318, 321, und Aelius Gallus daselbst.

[1] L. 83, §. 5, de v. o. (45, 1).

[2] Was, wenn die Unmöglichkeit aus blos factischen Gründen eintritt, in der That der Fall ist, wie Paulus dies daselbst von dem Schiff lehrt, welches, nach

Ebenso bestimmt lehrt dies Africanus für den Fall, daß ein verkauftes Grundstück vor der Uebergabe publicirt wird, und fügt noch hinzu, daß auch der schon gezahlte Kaufpreis dann zurückgezahlt werden muß[1]:

„. . . nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, *publicatus* fuerit, tenearis ex emto. Quod *hactenus verum sit*, ut *pretium restituas*, non ut etiam id praestes, si *quid pluris mea intersit*[2], cum vacuum mihi tradi",

worauf Africanus denselben Grundsatz auch auf den Miethsvertrag anwendet.[3]

---

der Obligation von seinem Eigenthümer auseinandergenommen, dann aber aus denselben Balken wieder zusammengesetzt worden ist, wodurch die Verpflichtung wieder fortwirkt. Am deutlichsten setzt diesen Unterschied Paulus in der L. 98, §. 8, de solut. (46, 3) auseinander: „. . . Nec simili argumento usus est, ut si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde iisdem tabulis compegerit, *teneri te;* hic enim eadem navis, quam te daturam spopondisti, *ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse.*"

[1] L. 33 locati cond. (19, 2).

[2] Es soll also nur der Kaufpreis restituirt und, wenn dieser noch nicht gezahlt ist, überhaupt nichts aus dem Vertrage geleistet werden. Der Vertrag ist also aufgelöst. — Wenn ich dagegen unwissend Grundstücke gekauft habe, die schon zur Zeit des Kaufs publicirt waren, so habe ich allerdings durch die actio ex emto den Anspruch, daß mir das Interesse geleistet werde. Vgl. Modestinus in der L. 62, §. 1, de contrah. empt. (18, 1): „Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, *ex emto tamen adversus venditorem* experietur, ut consequatur *quod interfuit ejus*, ne deciperetur." Ebenso Inst. §. 5 de emption. vendit. (3, 23). Hier bleibt also die Obligation als solche bestehen und löst sich nur in die noch mögliche Art ihrer Erfüllung auf.

[3] Diese Stelle des Africanus mußte bisher stets misverstanden werden und hat deshalb seit jeher und bis auf den heutigen Tag das Kreuz der römischen Juristen ausgemacht, die sich bei der Behandlung des Titels: de periculo et commodo rei venditae nutzlos an ihr zermartert haben! Cujaz wurde durch sie verführt, statt der herrschenden und gar keinem Zweifel unterworfenen Lehre, daß mit dem Kaufcontract die Gefahr auf den Käufer übergehe, das Gegentheil derselben aufzustellen (Tract. VIII ad Africanum in L. 23 D. Locati. Opp. I, 1479, und Observ. XXIII, c. 29), ist aber später von diesem großen Irrthum zurückgekommen (Comm. ad Paul. ad Edict., lib. 33, l. 8, de per. et commodo, Opp. V, 513), ohne die Stelle des Africanus damit versöhnen zu können. Die äußerst verunglückten Erklärungen von etwa zweihundert andern großen Rechtsgelehrten kann man bei Glück, Pandekten, XVII, 133—143, nachlesen. „Der bescheidenere Theil der Rechtsgelehrten", sagt Glück, „gesteht zwar, daß Africanus im Falle der Publication der verkauften Sache von der oben angegebenen Regel des Civilrechts abgewichen sei; warum aber? davon lasse sich kein befriedigender Grund angeben." Und so steht die Sache bis heute. So sagt z. B. Vangerow, Pandekten (Marburg

Und an einer andern Stelle gibt Paulus nicht nur hinsichts des freigewordenen Sklaven nochmals dieselbe Entscheidung, sondern bezeugt es auch ausdrücklich als die allgemein anerkannte Lehre, daß, wenn derselbe durch ein neues Gesetz wieder zum Sklaven wird, die Obligation dadurch nicht wiederauflebt[1]:

„. . . Respondi, si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, *liberor. Nec admissum est quod Celsus ait*, si idem rursus *lege aliqua servus effectus sit*, peti eum posse, *in perpetuum enim sublata obligatio restitui non posse*, et si servus effectus sit, alius videtur esse.

In allen diesen Fällen wird also die Obligation gänzlich vernichtet.[2]

Alle diese Fälle beruhen, wie bereits hervorgehoben ist, auf der gemeinschaftlichen Achse, daß die Sache, welche Gegenstand der Obligation

---

1852), III, 217: „Bei dem Kaufcontracte wird in einer Reihe von Stellen völlig unzweideutig und bestimmt der Grundsatz ausgesprochen, daß mit dem Augenblick der Perfection die Gefahr auf den Käufer übergehe, d. h., daß wenn die Waare casuell zu Grunde gehe, der Käufer dennoch den versprochenen Kaufpreis dafür zu entrichten habe", worauf er dann, als „einige Bedenklichkeit" dagegen erregend, die Stelle des Africanus anführt. Diese angebliche Bedenklichkeit will er dann damit wieder beseitigen: bei dieser Stelle „müsse wol vorausgesetzt (!!) werden, daß der Grund der Confiscation schon vor die Zeit des Contracts fällt (!!!), sodaß die Sache als eine vitiöse erscheint und deshalb kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist". Diese Erklärung rührt schon von Voet her; ehe man aber auf so überaus gewaltthätige Weise eine Stelle gegen ihren offenbaren Sinn und Buchstabenlaut auslegt, sowie gegen alle Gesetze kritischer Interpretation, welche nicht erlauben, daß man die Schwierigkeit und das Interesse einer Stelle durch verflachende Voraussetzungen los zu werden sucht, ist es besser, sich, wie Glück sagt, zu dem bescheidenern Theile zu stellen und einzugestehen, daß die Sache vorab nicht zu begreifen sei.

Verstanden aber konnte bisher die Stelle nicht werden, da man jene ganze oben entwickelte Theorie der Pandekten übersehen hatte. Mit derselben erweist sich nun die Entscheidung des Africanus als nothwendig und als ganz identisch mit den andern oben angeführten Parallelstellen, andererseits zugleich als der Lehre de periculo et commodo rei venditae durchaus nicht entgegenstehend, weil die Sache eben nicht factisch untergegangen, sondern *extra commercium* erklärt worden ist. Das Eigenthum an derselben war, da die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, noch nicht übergegangen. Nur ein Vertrag bestand in Bezug auf dieselbe. Da die Sache extra commercium, d. i. außerhalb der rechtlichen Herrschaft des Privatwillens erklärt worden ist, und also nicht mehr Gegenstand desselben sein kann, ist der Vertrag zerstört und Käufer wie Verkäufer haben nun in Bezug auf die Sache nichts mehr voneinander zu fordern, oder müssen sich resp. das schon Geleistete herausgeben.

[1] L. 98, §. 8, de solut. (46, 3).

[2] Ebenso die Schadenersatz-Obligation aus der L. Aquilia; s. Ulpian's Entscheidung in der L. 15 ad Leg. Aqu. (19, 2), oben S. 241.

war, nicht factisch zu Grunde ging, sondern *extra commercium* erklärt worden ist.

Unter den *res extra commercium* verstanden aber die Römer bekanntlich nichts anderes als solche Sachen, welche der Unterwerfung unter die Herrschaft des individuellen Willens entzogen sind (und deshalb auch nicht Gegenstand des Verkehrs sein können). Mit andern Worten: Die res extra commercium sind bekanntlich ganz identisch mit den res quae extra nostrum patrimonium habentur, indem jene Eintheilung denselben Gedanken, die Unfähigkeit einer Sache, in die Eigenthumssphäre des Privatwillens zu fallen, in Bezug auf das Werden, diese in Bezug auf das Sein ausspricht.[1]

Das heißt also: „Wir haben in diesen Pandektenentscheidungen nichts anderes vor uns, als die stricte Anerkennung der in diesem Paragraphen von uns auf anderm Wege entwickelten Theorie über die Prohibitivgesetze!

Geht die Sache factisch unter, so bleibt der Vertrag bestehen; geht aber nicht die Sache, sondern das Recht auf dieselbe überhaupt zu Grunde, geht dies zu Grunde, daß ein Rechtsinhalt Eigenthum sein, d. h. in die Herrschaftssphäre des individuellen Willens hineinfallen darf, so ist der Vertrag selbst, durch welchen dies Recht erworben, veräußert, übertragen wird, caduc, und zwar ohne weiteres, ohne Anspruch auf Erfüllung, Entschädigung und Interesseleistung caduc. Evanescit obligatio, resolvitur contractus.

Oder, wie wir dies sonst ausgedrückt haben, ist die Prohibition die totale, daß ein bestimmtes Rechtsobject oder ein genau qualificirtes Recht überhaupt nicht mehr von der Privatperson besessen werden kann, so sind auch die schon geschehenen Erwerbungen und Stipulationen *eo ipso* hinfällig. Alle Ansprüche auf dies Recht konnten von vornherein nur erworben werden auf die Dauer seines Bestehens.[2]

---

[1] Siehe z. B. Boecking, Einleitung in die Pandekten des röm. Privatr., I, 247: „Denselben Gegensatz, nur wie jene (die res extra patrimonium) aus dem Gesichtspunkt des Habens, sondern aus dem des Erwerbens aufgefaßt, drückt die Eintheilung in res quae in commercio sunt aut quarum commercium non est aus."

[2] Hierbei ergibt sich auch noch ein sehr heller, bestätigender Blick in die im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Natur der Prohibitivgesetze. Warum kann ich nach Römischem Recht nicht in gültiger Weise die conditionelle Stipulation treffen: daß ich den (freien) Stichus liefern werde, wenn er durch ein anderes Gesetz zu einem Sklaven geworden sein wird, oder dieses Grundstück, wenn es aus einem sacro vel religioso zu einem profanen geworden sein wird? Daß

Und jetzt erst, wo wir die von uns auf rein begrifflichem Wege entwickelte und durch so viele andere Beweise belegte Theorie auch als die innerlich den Pandekten zu Grunde liegende nachgewiesen und somit durch die Entscheidungen jener römischen Virtuosen der formellen Rechtslogik bewährt haben, deren Virtuosität seitdem nicht wieder ihresgleichen gefunden, halten wir diese Theorie fortan gegen jeden Versuch wissenschaftlicher Anfechtung für vollständig gesichert, und es bleibt uns zunächst nur noch übrig, in dem folgenden Paragraphen weitere Consequenzen derselben zu ziehen.

---

ich es nicht kann, sagt Paulus L. 83 de v. o., §. 5 (45, 1) ganz positiv, und hat sehr Recht dabei. Aber die Gründe, die er dafür angibt, sind, wie alle Gründe in den von uns in den letzten Erörterungen betrachteten Stellen, sehr unzureichender und unbeholfener Natur. Er sagt, dies ginge deshalb nicht, quia *nec praesentis temporis obligationem recipere potest* (warum aber? danach wird ja eben gefragt; diese Antwort ist eine petitio principii) et ea dumtaxat quae natura sui *possibilia* sunt, deducuntur in obligationem. Aber möglich bleibt ja ein solcher Gesetzwechsel sehr wohl, wie schon seine Unterstellung durch die römischen Juristen selbst zeigt; möglich bleibt er ganz ebenso gut, als wie daß der Herr das auseinander genommene Schiff wieder zusammensetzt u. s. w. Der Grund ist, wie bei den letzten Erörterungen überhaupt, ein speculativer, und darum fühlen ihn die römischen Juristen, ohne ihn zu Tage fördern zu können.

Er ist offenbar folgender: daß ein freier Mensch, ein religiöser Ort u. s. w. verkauft werde, ist prohibirt; d. h. das gesammte Rechtsbewußtsein des Volkes verhält sich ausschließend dagegen. Nun ist das Rechtsbewußtsein des Volkes die alleinige Rechtssubstanz, der einzige Boden, in dem alles Recht überhaupt existirt und Wirklichkeit hat (siehe oben S. 164 fg.). Wenn ich nun die factische Absicht habe, diesen Menschen oder diesen Ort später, wenn das prohibitive Gesetz aufgehoben sein wird, zu verkaufen, und wenn dies seinerzeit auch ganz zulässig sein wird, wie will ich denn diese factische Absicht gegenwärtig auf den Rechtsboden übertragen, sodaß sie rechtlich wird und mich für das spätere Eintreten des durch die Bedingung bestimmten Falles bindet?

Ich kann diesen factischen Willen gar nicht auf den Rechtsboden übertragen, ihm nicht rechtliche Wirklichkeit darin geben, weil sich dieser Rechtsboden selbst, das Rechtsbewußtsein des ganzen Volkes, vorläufig repulsiv dagegen verhält, und natürlich ebenso — und noch mehr — zeitweilig repulsiv und ausschließend gegen die Anschauung, daß der gegenwärtige zwingende Inhalt seines Bewußtseins nicht mehr der seinige sein werde.

Meine Stipulation, auch wenn ich sie treffe, bleibt also eine blos factisch naturale Absicht, die gar nicht dazu gelangt, in die Rechtssphäre übergehen und somit rechtliches Dasein gewinnen zu können. Weil wegen dieses negativen Verhaltens der Rechtssphäre zu jener Absicht dieselbe in keiner Weise irgend in sie einzudringen vermag, sagt Ulpian sehr richtig: res sacra non recipit aestimationem (L. 9, §. 5, D. de div. rer., 1, 8). Uebrigens werden wir später Gelegenheit haben, den Fall des Paulus weiter zu betrachten und zu sehen, welcher Unterschiede er fähig ist.

§. 8. Absolute Gesetze. Exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae. Unterschied der obligatorischen und dinglichen Rechte.

Aus dem S. 213 hervorgehobenen Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten ergibt sich nun eine Consequenz über den verschiedenen Einfluß von Prohibitivgesetzen auf die exceptio rei in judicium deductae und die exceptio rei judicatae bei obligatorischen Forderungen.

Die obligatorische Forderung empfängt, wie daselbst bemerkt, ihre bestimmte juristische Natur sowol aus der Handlung, auf die sie Anspruch gibt, als aus ihrem Erwerbungsgrund. Ein Gesetz also, welches verfügt, daß aus einem bestimmten Erwerbungsgrund keine Obligation mehr solle entspringen dürfen, fällt daher in die erste der beiden auf S. 212 fg. unterschiedenen Arten von Prohibitivgesetzen. Es zerstört also die zur Zeit bereits vorhandenen aus diesem Erwerbungsgrund fließenden obligatorischen Forderungen. Es zerstört sie also nothwendig auch dann, wenn dieselben bereits vor Erlaß des Gesetzes eingeklagt waren; denn es reicht nicht hin, daß das Recht im Kläger am Tage der Klage vorhanden war, es muß auch noch zur Zeit des Urtheils in ihm gegenwärtig sein, um ihm zugesprochen zu werden.[1] So wird z. B., wenn auf Entschädigung wegen Schwängerung geklagt ist, diese Forderung nicht zuerkannt werden können, wenn während des Processes ein Gesetz erscheint, welches Entschädigungsklagen aus diesem Grunde verbietet. Anders dagegen verhält es sich mit der res judicata. Wenn das Prohibitivgesetz nicht die Handlung, auf welche die Obligation Anspruch gibt, also das Rechtsobject selbst, auf welches erkannt worden ist, der Unterwerfung unter individuelle Willensherrschaft entzieht und zu einem solchen macht, das nicht mehr besessen werden kann; wenn das neue Prohibitivgesetz vielmehr nur verbietet, daß der Anspruch auf eine an sich zulässige obligatorische Leistung aus einem bestimmten Erwerbungsgrund hervorgehe, so kann dasselbe nur die hängige Klage zerstören, auf das rechtskräftige Urtheil aber in keiner Weise einwirken. Es wird also in dem angegebenen Fall die schwängerungshalber einmal rechtskräftig zuerkannte Entschädigungssumme schlechterdings gezahlt werden müssen, wenn auch vor der Execution ein jeden Rechtsanspruch wegen Schwängerung verbietendes Gesetz erscheint.

---

[1] Vgl. hierüber Averanius, Interprett. Juris, lib. IV, c. 23, p. 781 sqq., ed. Lugdun. 1753.

Der Grund dieses Unterschiedes zwischen der exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae ist klar. Die hängige Klage erfordert, daß der Rechtsgrund, aus welchem mir ein obligatorischer Anspruch zuerkannt werden soll, noch wirksam sein könne. Bei der res judicata dagegen kommt es gar nicht mehr auf den ursprünglichen Erwerbungsgrund an, weil das Urtheil eine Novation enthält (s. oben S. 135 und Anm. 1 das.). An die Stelle des frühern Erwerbungsgrundes ist jetzt ein neuer und selbständiger getreten, das Urtheil selbst. Das Prohibitivgesetz, welches verbietet, daß aus einem bestimmten Erwerbungsgrunde Ansprüche von an sich noch ferner zulässiger Natur entspringen, kann also den Inhaber des Judicat nicht mehr treffen; denn dieser fordert nicht mehr aus dem ursprünglichen Erwerbungsgrunde, dessen Bestimmtheit vielmehr in und durch den neuen Titel zu Grunde gegangen ist. Er fordert mit der *actio judicati*. Mit andern Worten: an die Stelle des qualitativ-bestimmten Erwerbungsgrundes, welcher jetzt prohibirt ist, ist ein Judicat — und ebenso ein Vergleich —, ein durch Willenshandlung überhaupt[1] constituirtes Recht getreten. Und da auch das Object, auf welches erkannt worden ist — Zahlung einer Geldentschädigung überhaupt —, in dem unterstellten Fall nicht prohibirt ist, so würde die Anwendung des prohibitiven Gesetzes auf die wegen Schwängerung ergangenen Urtheile oder Vergleiche eine wahre Rückwirkung und Verletzung des durch zulässige individuelle Willensaction Erworbenen darstellen.

Prohibitive Gesetze über obligatorische Forderungen werden meistens diese Natur haben, sich nur gegen den Erwerbungsgrund der Obligation zu richten, und werden deshalb die res judicata respectiren müssen.

Gleichwohl sind auch die Fälle nicht selten, in welchen Gesetze das Object von Obligationen prohibiren, d. h. die bestimmte Handlung, zu deren Forderung die Obligation berechtigt, für eine solche erklären, auf die ein Anspruch überhaupt nicht mehr besessen werden kann. In diesem Falle wird also, wie unsere gesammte bisherige Entwickelung gezeigt hat, auch die res judicata durch das Prohibitivgesetz nothwendig mit abolirt.

---

[1] Daher das Princip, daß das Urtheil wie ein Contract wirkt; siehe Ulpian und Marcellus in der L. 3, §. 11, de peculio (15, 1): „.... nam sicut *in stipulatione contrahitur* — ita *judicio contrahi* proinde *non originem judicii spectandam*, sed *ipsam judicati velut obligationem*"; Worte, welche die obige Theorie auf das ausdrücklichste bestätigen.

Daher auch die Folge, daß die actio judicati stets in personam geht, wenn auch die ursprüngliche Klage eine dingliche war.

Wenn also z. B. unter einer Gesetzgebung auf Erfüllung von Heirathsversprechen geklagt werden kann und ein rechtskräftiges Urtheil hierauf ergangen ist, durch ein neues Gesetz aber Zwangsanspruch auf Heirath als der persönlichen Freiheit zuwider abgeschafft wird, so wird hierdurch auch die res judicata wirkungslos. Denn Zwangsanspruch auf Heirath ist jetzt etwas, das nicht mehr besessen werden, vom Individuum gar nicht mehr zu seinem Eigenthum gemacht werden kann, und es greifen daher die Entwickelungen des vorigen Paragraphen platz.

Ebenso wenn ein rechtskräftiges Urtheil auf Alimente an ein uneheliches Kind ergangen ist und ein neues Gesetz diese Verpflichtung bei unehelichen Kindern aufhebt. Von jetzt ab wird das Alimentenurtheil wirkungslos; denn dasselbe ist nicht so abstract aufzufassen, als habe es auf Geldzahlungen im allgemeinen erkannt — in Geld lösen sich freilich fast alle Ansprüche auf —, sondern in seiner bestimmten juristischen Natur: es ist auf Leistung von Alimenten erkannt worden[1], auf verwandtschaftliche Unterstützung. Das Recht des unehelichen Kindes auf verwandtschaftliche Unterstützung des Vaters ist aber aufgehoben, es kann somit weder erworben noch weiter besessen werden. Was hier prohibirt ist, ist nicht blos der Erwerbungsgrund des Anspruchs, sondern bestimmte inhaltliche Anspruch selbst, das Object, auf welches durch das Urtheil erkannt worden ist.

Bei dinglichen Rechten kann der in diesem Paragraphen entwickelte Unterschied zwischen der exceptio rei in judicium deductae und der exceptio rei judicatae nicht eintreten. Und zwar deshalb nicht, weil bei dinglichen Rechten der Erwerbungsgrund nicht, wie bei der Obligation, zur juristischen Natur derselben gehört, sondern zur Gleichgültigkeit der besondern factischen Handlung zusammensinkt, durch welche das dingliche Recht erworben worden ist. Es ist schlechthin einflußlos auf die rechtliche Natur des Eigenthums, der Servitut u. s. w., ob ich das Eigenthumsrecht durch Erbschaft, Usucapion, Kauf u. s. w. erworben habe (s. oben S. 214). Bei den dinglichen Rechten fällt daher jedes blos gegen den Erwerbungsgrund prohibitive Gesetz — z. B. daß Eigenthum nicht mehr durch Usucapion erlangt werden können solle — mit Nothwendigkeit in die zweite der beiden S. 212 fg. dargestellten Klassen von Prohibitivgesetzen, und wirkt daher auch auf die hängige

[1] Daß die bestimmte juristische Natur des Anspruchs hier qualificirend in dem Object, auf das erkannt worden ist, fortlebt und er deshalb also nicht zur Forderung überhaupt zusammengesunken ist, ist ja unbestreitbar. Darum können z. B. Alimente für insaisissables und für nicht compensirbar erklärt werden (Cod. civ., Art. 1293; Cod. de proc., Art. 581). Darum erbt der Erbe des Alimentandus die Forderung nicht u. s. w.

Klage nicht ein, da es nicht einmal auf das bloße entstandene Recht vor der Klageanhängung einwirkt; während andererseits Prohibitivgesetze, welche nicht den Erwerbungsgrund des dinglichen Rechts, sondern dieses selbst aufheben, oder die eine durch den Erwerbungsgrund zwar vermittelte, aber an dem dinglichen Recht selbst wieder hervortretende nähere Bestimmtheit desselben aufheben (s. oben S. 215 und 216), stets zu denen gehören, die einen Rechtsinhalt außerhalb des Eigenthums erklären und daher auch auf die durch res judicata festgestellten Eigenthumsverhältnisse eingreifen.

§. 9. Absolute Gesetze. Auflösung der Formel von den vollbrachten Thatsachen. Der Besitz und sein Wesen. Juris quasi-possessio. Der Personenzustand.

Es muß hervorgehoben werden, daß wir bisjetzt noch kein Princip entwickelt haben, welches die durch Zahlung und factische Ausführung überhaupt einmal zu Ende gebrachten Rechtsverhältnisse gegen die Einwirkung von Prohibitivgesetzen der ersten Art (S. 212 fg.) schützt. Setzen wir z. B., um uns dem im vorigen Paragraphen unterstellten Falle anzuschließen, es sei ein Urtheil auf Alimentation eines unehelichen Kindes ergangen und infolge desselben freiwillig auf mehrere Jahre im voraus gezahlt worden. Das Erscheinen eines diese Alimentenpflicht aufhebenden Gesetzes würde, wie wir sahen, das Urtheil von jetzt ab entkräften, aber zur Wiederforderung der vorausgezahlten Alimente kann es nicht berechtigen. Dies liegt auch nicht etwa an dem Zurückbleiben einer naturalis obligatio; denn die Folge würde dieselbe sein, wenn das neue Gesetz auch das Dasein einer naturalis obligatio in dem betreffenden Fall nicht anerkennen würde.

Man begründet dies stets damit, daß vollbrachte Thatsachen von neuen Gesetzen nicht berührt werden können, oder, wie Savigny dies ausdrückt — welcher deshalb sogar jede Rechtfertigung dieses Satzes von der Untersuchung über die Rückwirkung der Gesetze zurückweist —, damit, daß das Gesetz nicht Geschehenes ungeschehen machen könne.

Was man mit diesen Sätzen ausrichten will, ist meistens ganz richtig. Allein wir haben schon S. 141 fg. gezeigt, daß der Satz von den vollbrachten Thatsachen theoretisch völlig unhaltbar sei, und haben bereits S. 45 fg. darauf aufmerksam gemacht, daß, inwiefern das Gesetz Geschehenes ungeschehen machen könne — was an sich sehr häufig im juristischen Sinne geschieht — oder nicht, sich gerade erst als Resultat dieser Untersuchung ergeben könne und müsse.

Wenn also unsere Theorie vollständig sein soll, werden wir, was

Prohibitivgesetzen gegenüber bisher noch nicht geschehen, einen andern, aus unserer Theorie selbst hervorfließenden Grund aufzeigen müssen, welcher dasselbe Richtige vollbringt, was man mit dem Satze von der Unberührbarkeit vollbrachter Thatsachen gewöhnlich auszurichten sucht.

Dieser Grund ist aber kein anderer, als das auch von dieser Seite hervortretende Wesen des Besitzes als eines selbständigen, auf der factischen Verbindung der Persönlichkeit mit einer Sache beruhenden Rechts, als welches der Besitz nach der in dem bekannten Meisterwerke Savigny's hierfür gegebenen Grundlage nunmehr allgemein anerkannt ist.[1]

Der Besitz als eigenes Recht gründet sich darauf, daß schon die Inneinsetzung der Sache mit einer Persönlichkeit ein rechtliches Band für sich bildet, bei welchem die causa in den Hintergrund tritt. Es ist hier in der Kürze an den Ausspruch Papinian's zu erinnern: „. . . possessio plurimum *facti* habet"[2] und an den des Paulus: „. . . in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat."[3]

Aus diesem Wesen des Besitzes ergibt sich für unsere Materie die nothwendige Folgerung, daß, solange ein Object überhaupt noch besessen werden kann, es gleichgültig ist, ob der Erwerbungs- und Entstehungsgrund dieses noch zulässigen Besitzes durch ein neues Gesetz prohibirt wird.

Das Prohibitivgesetz findet den Besitz, die bereits geschehene Vereinigung der Persönlichkeit mit der Sache, als ein besonderes Recht vor sich, das daher einzig und allein dadurch gebrochen wird und gebrochen werden kann, wenn sich das Prohibitivgesetz statt gegen den Entstehungsgrund des Besitzes, gegen die Fähigkeit eines Objects, überhaupt besessen zu werden, richtet und also gerade die Möglichkeit desselben, sich in jener Vereinigung mit dem Individuum zu befinden, aufhebt.

Von hier aus ergibt sich auch, inwiefern man dem oben bezogenen, die lex commissoria aufhebenden Gesetz des Konstantin, je nach der Interpretation desselben, in der That den Vorwurf der Rückwirkung machen könnte (s. dies Gesetz oben S. 238, Note 1). Durch den Pfandvertrag der lex commissoria wurde eine Sache mit der Bestimmung dem Gläubiger verpfändet, daß, wenn derselbe nicht binnen einer bestimmten Zeit befriedigt sei, ihm dafür die Sache zum Eigenthum anerfallen sollte. An und für sich genommen, war dies eventuelle Recht

---

[1] Savigny, Das Recht des Besitzes (6. Aufl., 1837); Puchta, Pandekten (5. Aufl., 1850), §. 122; Derselbe, Cursus der Inst., Bd. 2, §. 224.

[2] L. 19 quibus ex caus. major (4, 6).

[3] L. 3, §. 5, de acqu. vel amitt. possessione (41, 2).

des Gläubigers auf die Sache, als ein irrevocables, schon vom Moment des Vertrags ab ein erworbenes. Aber, wie unsere Theorie gezeigt hat, blos bis zum Eintreten eines prohibitiven Gesetzes. In der Anwendung dieses Gesetzes auf die bereits bestehenden Verträge, worin die Autoren die Rückwirkung erblicken wollen, ist also, insofern der für die Zahlung der Schuld stipulirte Termin noch nicht eingetreten war, nicht die leiseste Rückwirkung zu sehen. Anders wenn man annimmt, das Gesetz habe auch auf solche Fälle Anwendung finden wollen, in denen der festgesetzte Zahltermin bereits verstrichen und die Sache somit dem Gläubiger schon zum Eigenthum anerfallen war. Denn hier war nun bereits für sich selbständig-feste Ineinssetzung einer Sache mit einer Persönlichkeit einmal eingetreten, die Sache war in den Besitz derselben, gleichviel auf welchen Titel, einmal übergegangen, und es lag also ein finitum atque absolutum vor, das so lange nicht aufgehoben werden konnte, solange die Objecte dieses Besitzes nicht überhaupt für unfähig erklärt wurden, sich im Privatbesitz zu befinden[1] (alicujus in bonis, in patrimonio esse).

Ganz so wie vom Objectsbesitz gilt dies auch von der juris quasi possessio, wiederum nur mit der Einschränkung, daß das Prohibitivgesetz nicht eben dies aufhebt, daß das betreffende Recht sich im Eigenthum und somit auch im Besitz des Individuums befinden kann.

Hierbei ist zu bemerken, daß auch der Personenzustand besessen werden kann. Die Freiheit kann vom Sklaven durch Ersitzung erworben werden (s. oben S. 64); ebenso kann, unter bestimmten Bedingungen, die Kindschaft ersessen werden (vgl. L. 14 de probat. et praes. [22, 3]. — L. 9 und 22 C. de nuptiis [5, 4]. — L. 14 und 15 C. de probat. [4, 19], und die Vorschriften des Code civil über die possession d'état, Art. 197 und 320 fg.).

Hierauf beruht es, daß jeder durch Willensaction einmal constituirte persönliche Zustand auch prohibitiven Gesetzen gegenüber Stand hält, wenn diese nur den bestimmten Erwerb, nicht aber das Sein des Zu-

---

[1] Ob das Gesetz in diesem unzulässigen Sinne auszulegen ist, kann zweifelhaft erscheinen. Dafür scheinen die Worte des Gesetzes zu sprechen: . . . hac sanctione respiret, quae cum *praeteritis praesentia quoque* depellit et *futura* prohibet. Soll dies genau genommen werden, so bezieht sich das futura auf die künftigen, das praesentia auf die gegenwärtigen Verträge, und für das praeteritis würden dann nur Fälle übrig bleiben, wo der Zahltermin schon verstrichen und der Eigenthumsanfall also schon geschehen war. Allein es ist fraglich, ob das nicht überhaupt blos als phraseologischer Redeluxus zu nehmen ist. Hierauf weist hin, daß es heißt: Si quis tali contractu laborat, nicht laboraverit; und ferner, daß es am Schluß heißt: *creditores* re amissa u. s. w., während in jenem Fall nicht mehr blos von Gläubigern, sondern auch von Eigenthümern zu sprechen war.

ſtandes prohibiren. Iſt alſo die Eheſcheidung einmal eingetreten, ſo wirkt ein nunmehr erſcheinendes Geſetz, welches die Ehe für unauflöslich erklärt, auf die ſchon Geſchiedenen nicht ein, obwol es das Daſein der Rechte betrifft und alſo da, wo, wie unter dem Code civil, die Scheidung nicht vom Richter ſelbſt, ſondern vom Civilſtandsbeamten ausgeſprochen wird, das rechtskräftige, aber noch nicht vollſtreckte Scheidungsurtheil allerdings außer Kraft ſetzen würde. Aber der Zuſtand der Eheloſigkeit iſt durch dies Geſetz nicht abolirt, ſondern nur ein beſtimmter Wiedererwerb deſſelben durch Verheirathete. Der einmal erzeugte Beſitz dieſes Zuſtandes bleibt alſo, da ſelbiger noch beſeſſen werden kann, von dem Prohibitivgeſetz unberührt.

Hierauf beruht es auch, daß ein neues Geſetz über den Beweis, welchen der Ehemann zur Verleugnung eines in der Ehe geborenen Kindes ſeiner Gattin führen muß, zwar ſofort auf die vorhandenen Kinder einwirkt, wenn der Beweis durch das neue Geſetz erſchwert wird, nicht aber, wenn er durch daſſelbe erleichtert wird. Wird der zu führende Beweis erſchwert, ſo wird der Ehemann nur in einer vom Geſetz ihm eingeräumten Befugniß getroffen, von der er bis dahin keinen Gebrauch gemacht hatte. Ueberdies hat ein ſolches Geſetz einen ſtreng zwingenden Charakter: Verleugnung des in der Ehe geborenen Kindes ſoll — außer in den noch übrig gelaſſen Beweisfällen — nicht ſein.

Wird dagegen der zur Verleugnung des Kindes erforderliche Beweis erleichtert, ſo ſcheint zwar zunächſt daſſelbe eintreten zu müſſen. Auch würde man ſich vergeblich mit Merlin (Rép. de Jurisp. v° Effet Rétroact., Sect. 3, §. 2, Art. 17, T. 5, p. 550) auf die Regel: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt[1] dagegen berufen. Dieſes Argument enthält eine petitio principii, da ja im unterſtellten Fall der Ehemann das Daſein der jura sanguinis eben in Abrede ſtellt und ſie erſt als Reſultat des nicht erbrachten Beweiſes hervorgehen würden. Wenn alſo dieſer Beweis gegen die Schwierigkeit, welche der Grundſatz: Pater est quem nuptia demonstrant, zur Folge hat, erleichtert wird, ſo ſcheint es, daß ſchon nach der Regel: Fictio fecit veritati, auch dieſe Erleichterung ſofort platzgreifen müſſe, zumal es ſich einerſeits um eine bloße Beweisfrage handelt, andererſeits dieſe Beſtimmungen in Gründen des öffentlichen Intereſſes wurzeln, und daher zum jus publicum gehören.

Allein, wie ſich aus dem Vorhergehenden ergibt, wäre dieſe Folgerung dennoch ſehr irrig, und zwar aus folgendem Grunde. Das Kind hat ſich durch Willensaction — welche vermöge der Perſonenrepräſen-

[1] L. 8 de reg. juris (50, 17).

tation in der Handlung der Aeltern gegeben ist (s. oben §. 2, A.) — den Zustand der Kindschaft als seinen Besitz erzeugt, und da sich das neue Gesetz höchstens nur gegen die bestimmte Erwerbung, nicht gegen das Dasein dieses Zustandes an sich prohibitiv verhalten kann, so kann es auf die Fälle des bereits erlangten Besitzes dieses Zustandes nicht einwirken, das Kind somit denselben nicht anders verlieren, als unter den schon bei seiner Erwerbung vorbehalten gewesenen Beweisbedingungen.

Von hier aus ergibt sich auch erst das theoretische Verständniß vieler römischen Gesetze der Kaiserzeit, die sonst als unregelmäßig erscheinen müßten, jetzt aber wechselwirkend wieder dazu dienen, das Gesagte zu bestätigen. So verordnet z. B. Kaiser Justinus in der L. 7 C. de natural. liberis et matrib. (5, 27), indem er die vorhergehende Lex 6 des Kaisers Anastasius über das Erbrecht der natürlichen Kinder aufhebt, daß in Bezug auf diejenigen Kinder, welche nach oder vor jenem Gesetz des Anastas einmal durch Arrogation oder Adoption in die paterna sacra aufgenommen seien, die Adoption oder Arrogation mit ihren Wirkungen bestehen bleiben solle (firma permaneat). „Sint itaque — sagt Justinus — post eandem arrogationem seu adoptionem *sui* et in potestate patrum, successionesque tam ex testamento quam ab intestato capiant, prout in arrogatis seu adoptatis constitutum est.“ Von jetzt ab aber sollten nur die in legitimer Ehe erzeugten Kinder erben können, und der Vorwand der Arrogation oder Adoption der natürlichen Kinder nicht mehr zu statten kommen.

Da dies Gesetz das Erbrecht betrifft, so könnte man es unregelmäßig und wider die Principien laufend finden wollen, daß es sich nicht auf alle bis dahin noch nicht deferirten Erbschaften anwendet. In der That aber würde dies eine große Verkennung der Sache in sich schließen. Das Gesetz handelt nicht über das Erbrecht der legitimen Kinder, welches stets abgeändert werden kann, und ebenso wenig über das der natürlichen Kinder als solcher. Es betrifft vielmehr die Frage, ob unter gewissen Umständen die natürlichen Kinder die Qualität von legitimen erhalten können. Das ihnen nach der Verordnung des Anastas zuerkannte Erbrecht war nur die aus dieser Qualität der sui und legitimi hervorfließende Folge derselben. Insofern nun bereits der Anastasianischen Verordnung entsprechend natürliche Kinder arrogirt und so zu sui gemacht worden waren, hatten sie durch diese einmal eingetretene Verbindung ihrer mit der Qualität der Legimität den Besitz an dieser Qualität erlangt, der ihnen also nicht wieder entzogen werden konnte. — Oder aber man könnte sagen, das Gesetz betrifft eine Frage des Personenzustandes — ob natürliches, ob legitimes Kind — und muß deshalb sofort auf alle Personen zur Anwendung kommen. Aber insofern der Personenzustand durch das Familienrecht vermittelt ist, ist

er infolge der Personenidentität nicht eine Befugniß, sondern ein durch individuelle Willensaction constituirtes Rechtsverhältniß (vgl. §. 2, A.).

§. 10. Absolute Gesetze. Convalescenz durch Fortfall derselben. Unterschied von materieller wie formeller Prohibition. Der begriffliche Unterschied von factischer und rechtlicher Veränderung. Unterschied in den Wirkungen. Die Ratihabition und die Auflösung ihrer sogenannten Ausnahmen in den Unterschied des Begriffs.

Wir haben in den vorhergehenden Paragraphen gesehen, inwiefern durch das Eintreten prohibitiver Gesetze die Wirksamkeit ursprünglich gültiger individueller Willensactionen auf ihre ihnen von vornherein immanente und aus dem substantiellen Wesen des Rechts folgende ideelle Grenze eingeschränkt wird.

Wir haben jetzt, als eine Folge derselben Principien und gewissermaßen als die begriffliche Gegenprobe zu der Richtigkeit derselben, zu zeigen, ob und inwiefern auch umgekehrt durch den Fortfall bestehender Prohibitivgesetze die durch dieselben prohibirten und somit ursprünglich nichtigen Willenshandlungen nachträglich convalesciren können.

Wir haben gesehen (S. 250, Note 2), daß der gegen ein Prohibitivgesetz angehende individuelle Wille unter keinen Umständen — auch nicht als blos conditioneller Wille — ein rechtliches Dasein erlangen kann, sondern schlechterdings als blos factischer natürlicher Wille vorhanden ist. Wenn aber dieser natürliche Wille vom Individuum so lange festgehalten wird, bis das Prohibitivgesetz verschwindet, so muß nun, da das einzige ihm bisher entgegenstehende Hinderniß fortgefallen ist, dieser bis dahin blos factische Wille von jetzt ab auch rechtliches Dasein gewinnen, d. h. die Handlung convalescirt nachträglich, und man sieht, wie dies, statt eine Rückwirkung und also eine Verletzung der individuellen Willensfreiheit zu sein, vielmehr gerade auf dem Begriff der individuellen Willensfreiheit beruht, welcher, insofern ihm nicht verbietende Gesetze entgegenstehen, die unbedingte Geltung seines Daseins fordert.

Es folgt übrigens aus der angegebenen Begriffsbestimmung von selbst, daß diese nachträgliche Convalescenz nur bei dem Vorhandensein von folgenden zwei Bedingungen eintreten kann:

1) wenn das bisherige Prohibitivgesetz den Inhalt einer Handlung, nicht ihre Form, betraf; mit andern Worten, wenn es bisher dem Individuum durch die Prohibition schlechthin unmöglich war, einem Willensinhalt rechtliches Dasein zu geben; nicht, wenn sich die Prohibition nur

auf gewisse Formen der Handlung bezog und andere Formen, um denselben Willensinhalt zu erreichen, übrig ließ;

2) muß, wie bereits bemerkt, der Wille ein fortgesetzter und bis in den neuen Zustand hineindauernder sein. Er darf also nicht in einer blos einmaligen Handlung vorübergehend zu Tage getreten sein.

Die Gründe dieser beiden Bedingungen wurzeln im Begriff der Sache selbst und stellen nur seine Entwickelung dar.

Wenn nicht der Inhalt der Handlung ein verbotener war, wenn sich die Prohibition oder zwingende gesetzliche Vorschrift nur auf die Form bezog, und es also dem Individuum schon zur Zeit des prohibitiven Gesetzes freigestanden hätte, durch eine andere Form dem Inhalt der Handlung rechtliche Wirklichkeit zu geben, so kann, da das Individuum dies freiwillig unterließ, gar nicht ein echter bindender Wille bei ihm präsumirt werden. Es muß vielmehr angenommen werden, das Individuum habe nur seinen naturalen, nicht seinen civilen Willen engagiren wollen. Da es eine vollständige Rückwirkung darstellen würde, wenn dem Individuum nachträglich eine Verpflichtung des blos natürlichen Willens in eine solche des civilen, zwingenden Willens umgewandelt wird (s. S. 116 fg.), so bleibt das Individuum, welches auch unter der Herrschaft des prohibitiven Formgesetzes seinen Willen civiliter hätte binden können und dies nicht gewollt hat, ebendeshalb auch nach Fortfall desselben civiliter ungebunden. Und man sieht, wie in streng geschlossener systematischer Bestätigung unserer Theorie dieselben formellen Prohibitivgesetze durch ihre Aufhebung keine Convalescenz hervorbringen können, die wir auch in §. 7 als jene zweite Klasse von Prohibitivgesetzen kennen gelernt haben (S. 214 fg.), die durch ihr Eintreten keine abrogirende Einwirkung hervorbringen können.

Einige Beispiele mögen zuvörderst das bisher Gesagte theils klarer machen, theils seine empirische Anerkennung nachweisen. Und zwar wollen wir hierbei zunächst von den jedenfalls — wir werden bald sehen, warum — weit schwächern convalescirenden Wirkungen ausgehen, welche der factische Fortfall von prohibitiven Umständen auf frühere Handlungen nach Römischem Rechte nach sich zog.

Wenn der eine Ehegatte noch unmündig war, oder wenn ein Senator eine Freigelassene, oder ein Provinzialbeamter eine Provinzialin zur Frau nahm, so war eine solche Ehe nichtig. Aber wenn der Ehegatte die Pubertät erreichte, der Senator seine Würde verlor, der Provinzialbeamte sein Amt niederlegte, so convalescirte[1] in allen diesen Fällen von jetzt ab die nichtige Ehe.[2] Es muß aber ausdrücklich bemerkt wer-

[1] L. 4; L. 27; L. 65, §. 1, de ritu nupt. (23, 2).

[2] Wie wiederum umgekehrt die von Haus aus gültig geschlossene Ehe be-

den, wie die römischen Juristen besonders hervorheben, es müsse zu diesem Zweck der Wille — im gegebenen Falle also der eheliche Zustand — bis nach dem Eintritt des neuen Ereignisses fortgedauert haben. So Pomponius in der L. 4 ausdrücklich: Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum *apud virum explesset* duodecim annos. Ebenso Paulus in der L. 65: ... tamen post depositum officium, *si in eadem voluntate perseverat*, justas nuptas effici etc. Und ebenso ist die Bedingung des Pomponius offenbar auch der Stelle des Ulpianus (L. 27) hinzuzudenken.

Hier treffen also beide obige Bedingungen der Convaleszenz zusammen: der Willen ist festgehalten worden bis in den neuen von dem prohibitiven Hinderniß befreiten Zustand hinein, und das Prohibitivgesetz war auch kein blos formelles, nur eine bestimmte Form für die Handlung verbietendes oder vorschreibendes, sondern ein diese selbst materiell untersagendes.[1] Ob aber das prohibitive Hinderniß dadurch fortfiel, daß der Senator aus dem Senat gestoßen wurde, oder daß ein neues Gesetz den Senatoren die Ehen mit Freigelassenen gestattet, ist offenbar zunächst gleichgültig. Die letztere Aenderung muß aber vielmehr nur noch stärkere Wirkungen haben.

Es ist vom höchsten Interesse, sich den begrifflichen Grund und den dadurch bestimmten Umfang dieser stärkern Wirkung klar zu machen. Hier werden wir denn also den schon in §. 7 versprochenen Begriffsunterschied zwischen factischer und rechtlicher Veränderung entwickeln müssen.

Wenn die Ehe dadurch gültig geworden ist, daß der Senator aus dem Senat gestoßen wurde, so hat sich in der Anschauung des bestehenden Rechtsbewußtseins nichts geändert. Die Prohibition wurde dadurch beseitigt, daß von jetzt ab ein Individuum statt in die eine bestimmte Klasse der bestehenden Ehegesetze in eine andere bestimmte Klasse der bestehenden Ehegesetze zu subsumiren ist. Während also das all-

---

kanntlich vernichtet wurde, wenn der eine Ehegatte später Civität oder Freiheit verlor.

[1] Auch Justinian verfuhr in dem von uns entwickelten Sinne. Als er z. B. durch Novelle 117 (Kap. 6 u. f. w.) die Verordnung Konstantin's über Eheverbote zwischen gewissen Würdenträgern und gewissen Klassen von Frauenzimmern aufhob, verordnet er im Epilog: Quae igitur praesente hac et in perpetuum valitura lege serenitas nostra definit, in omnibus praedictis casibus obtinere volumus, nisi forte aut sententia judiciali, aut amica conventione decisa sint, quae suum robur habere sancimus. Es sollten also die zur Zeit ihrer Schließung nichtigen Ehen durch den Fortfall des Konstantinischen Prohibitivgesetzes convaleściren, wenn sie nur nach der Novelle Justinian's gültig waren.

gemeine Rechtsbewußtsein mit sich durchaus identisch blieb, trat nur eine factische Aenderung seitens des Individuums ein, infolge deren das Hinderniß von jetzt ab nicht mehr für es vorhanden ist. Dies hat daher zur nothwendigen Folge, daß die Handlung, wenn zu ihrer gültigen Vollbringung keine besondere Form erforderlich ist, sondern der formlose Wille genügt (wie dies bei der nach Römischem Recht sola affectione gültig geschlossenen Ehe der Fall ist), erst von jetzt ab gültig wird, convalescirt. Mit andern Worten: Die vorher, in der Zeit der bestehenden Prohibition, bereits erzeugten Kinder bleiben illegitim, und dies wird in sämmtlichen oben angeführten Pandektenstellen theils vorausgesetzt, theils ausdrücklich entschieden.

Wenn aber, wie z. B. in dem bald anzuführenden preußischen Gesetze, die Aenderung nicht darin besteht, daß ein Individuum jetzt unter ein anderes der bereits bestehenden Gesetze zu subsumiren ist, sondern das prohibirende Gesetz selbst aufgehoben wurde, so ist hier eine Aenderung im allgemeinen Rechtsbewußtsein selbst eingetreten.

Jede Handlung aber, die nach der vorhandenen Rechtsidee nicht zu verbieten ist, muß vom Standpunkt dieser letztern aus als eine der Domäne der individuellen Willensfreiheit durch sich selbst zustehende betrachtet werden. Indem nun durch den Inhalt des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins die Prohibition aufgehoben ist, erscheint dieselbe jetzt als ein Eingriff in das Gebiet der an sich seienden Berechtigung der individuellen Willensfreiheit oder als eine Verkennung derselben. Sie erscheint nothwendig so, denn sie war eine Nichtanerkennung dessen, was das jetzige Bewußtsein als schon an sich vorhanden anerkennt und dadurch jetzt zu einem an und für sich seienden macht.[1]

Das neue, gegenwärtige Rechtsbewußtsein schaut also die früher prohibirte Handlung als eine schon von Haus aus an sich gültige und berechtigte an, aber auch nur als eine an sich berechtigte. Hierin liegt ein Gedoppeltes. Das Recht ist nicht ein Reich des Ansichseins, son-

[1] Was nicht verboten ist, ist erlaubt, ist ein Satz, der naturrechtliche Gültigkeit haben soll. — Die Aufhebung einer inhaltlichen Prohibition kann niemals die Bedeutung eines rein positiven Gesetzes haben. Die Aufhebung der Prohibition durch das sie aufhebende Rechtsbewußtsein hat also die Bedeutung, nur die Verwirklichung, d. h. die Anerkennung eines schon an sich Vorhandenen zu sein. In diesem Ansich liegt die Nothwendigkeit, warum das neue Rechtsbewußtsein die früher prohibirte Handlung (es ist hier überall nur von Prohibitivgesetzen die Rede, welche den Inhalt, nicht die bloße Form einer Handlung betreffen) als eine schon ursprünglich an sich gültige anerkennt. Denn alles im Geiste als an sich seiend Anerkannte wird als ein der Substanz nach von Ewigkeit her so Vorhandenes aufgefaßt. Die Geschichte, und auch das geschichtliche Recht, ist nur Verwirklichung des in der menschlichen Natur an sich oder der Anlage nach von jeher Vorhandenen.

dern des Fürsichseins oder der Wirklichkeit. In ihm kann also nur gelten, was bereits durch das allgemeine Bewußtsein als geltend anerkannt worden ist. Wirklich geworden ist aber jene schon ab initio an sich vorhandene Berechtigung der Handlung erst durch das dieselbe anerkennende neue Gesetz, welches die frühere Prohibition aufhob.[1] Die Sache steht jetzt, in ihrer vollständigen Bestimmtheit genommen, also: Diese Ehe ist eine von Anfang an an sich gültige, deren ursprünglich nur an sich seiende und darum nicht rechtlich-wirkliche Gültigkeit jetzt auch anerkannt und wirklich geworden ist. Von dieser Wirklichwerdung ab müssen somit nun alle Folgen einer von Anfang an an sich gültigen Ehe **an ihr hervortreten.** Alle Wirkungen einer schon ursprünglich gültigen Ehe müssen von jetzt ab, wo die Anerkennung der Gültigkeit dieser Ehe durch das allgemeine Rechtsbewußtsein eingetreten ist und ihr hierdurch auch rechtliche Wirklichkeit gegeben hat, an ihr wirklich sein und anerkannt werden. D. h. also: von jetzt ab müssen die während der Prohibition erzeugten Kinder als legitime angesehen werden und in Bezug auf alle von jetzt ab noch eintretenden rechtlichen Wirkungen dieses Verhältnisses mit dieser Qualität bekleidet sein. — Und in der That wurde durch das bald anzuführende preußische Gesetz vom 27. Febr. 1816 verordnet, daß alle die während der Prohibition in den betreffenden Ehen erzielten Kinder „als rechtmäßig eheliche Kinder angesehen werden" sollen.

Aber wir sagten bereits, daß durch diese Auffassung der betreffenden Ehen in ihrer Bestimmtheit, als schon ursprünglich an sich gültige, aber auch nur an sich gültige Ehen, ein Gedoppeltes gegeben sei.

Das neue Rechtsbewußtsein kann nicht verkennen, daß, wenn es auch diese Ehe als ab initio an sich gültig anerkennt, diese Gültigkeit doch damals, während des ihr entgegenstehenden prohibitiven allgemeinen Rechtsbewußtseins, eben nur an sich vorhanden war, aber keine rechtliche Wirklichkeit hatte. Vielmehr kann die Ehe infolge der rechtlichen Natur des Prohibitivgesetzes (s. S. 250, Note 2) während der Dauer desselben keinerlei (auch nicht einmal ein bedingtes) rechtliches Dasein gehabt haben, ein Boden, von welchem sie vielmehr, wie in der angeführten Note gezeigt ist, schlechthin durch die Natur der Rechtssubstanz ausgeschlossen war. Für jene Zeit der Prohibition kann sie daher auch durch das neue Rechtsbewußtsein keine rechtliche Wirklich-

[1] Die obige Erörterung (vgl. die vorige Note) stellt den wahrhaften Punkt dar, von welchem aus allein das Verhältniß des Naturrechts zum historischen oder wirklichen Rechte zu begreifen ist. Letzteres bildet nur die processirende Verwirklichung des erstern als seines Ansich, ein Ansich des logischen Begriffs, das aber erst durch das Sicherfassen des historischen Geistes als Recht wirklich wird.

keit bekommen. Dies wäre eine begrifflich unmögliche, widerrechtliche Rückwirkung. In Bezug auf die Zeit der Prohibition ist auch für diese Ehe nichts dadurch gewonnen, daß sie jetzt durch das gegenwärtige Rechtsbewußtsein als schon damals an sich gültig angeschaut wird. Denn indem diesem „Ansich" damals das allgemeine Bewußtsein entgegenstand, das Recht aber nur als das Reich des Wirklichen, vom allgemeinen Bewußtsein Anerkannten, festgehalten werden muß, so gelangt man immer nur zu dem Resultat, daß auch vom Standpunkt des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins aus die Ehe während der frühern Zeit um der ausschließenden Natur des damaligen prohibitiven Bewußtseins willen kein rechtliches Dasein gehabt hat. Die erzeugten Kinder sind und bleiben also, in Bezug auf die Zeit der Dauer des Prohibitivgesetzes und die innerhalb dieser Zeit eingetretenen rechtlichen Folgen und Wirkungen, schlechterdings illegitim. Das neue Rechtsbewußtsein kann sie auch gar nicht mit Beziehung auf jenen Zeitraum anerkennen (etwa durch gesetzgeberischen Act), denn es ist eine logische Unmöglichkeit, nachträglich zu bewirken, daß etwas, trotz aller jetzigen Anerkennung seiner früher an sich seienden Gültigkeit, in einer Zeit schon rechtliche Wirklichkeit gehabt habe, in welcher es von dieser vielmehr durch die Natur der Rechtssubstanz, den Inhalt des allgemeinen Bewußtseins, direct ausgeschlossen war. — Es wird also z. B. in Bezug auf die während der Herrschaft des aufgehobenen Prohibitivgesetzes bereits eingetretenen großälterlichen oder andern Erbschaften, insofern seitens der betreffenden Kinder eheliche Geburt zur Erwerbung der Erbschaft erforderlich war, nichts an der Erbunfähigkeit derselben geändert, auch nicht, wenn der Fortfall des Prohibitivgesetzes und somit der Charakter der Legitimität ab nunc, noch während Processe über jene Erbschaften schweben, eintritt, oder wenn er sogar vor jeder Antretung der Erbschaften eintritt, da, wo diese ipso jure durch die Delation erworben werden. Dieselben können vielmehr nur den zur Zeit des Erbschaftsanfalls Erbberechtigten anerfallen bleiben.

In der vorstehenden Erörterung erst sind wir dazu gelangt, allmählich nun auch den wahrhaft speculativen Begriff in seiner innersten Tiefe entwickelt zu haben, auf welchem sowol die im §. 7 nachgewiesene abrogirende Wirkung des Eintretens von Prohibitivgesetzen auf frühere Verträge, als die im gegenwärtigen Paragraphen entwickelte Convalescenz bei dem Fortfall von Prohibitivgesetzen beruhen. Beide Wirkungen sind zunächst rein entgegengesetzte, und beide beruhen gleichwol auf dem gemeinschaftlichen und echt speculativen Begriff des Geistes, daß ein an sich Vorhandenes jetzt auch in die Wirklichkeit tritt.

Dort, bei dem Eintreten neuer Prohibitivgesetze, tritt eine an sich seiende Grenze, hier, bei dem Fortfall derselben, eine an sich seiende

Berechtigung in die Wirklichkeit über. Weil der Geist dies sein Setzen nicht als willkürliches oder zufälliges, sondern nur als Herausſetzen eines schon an sich in ihm vorhandenen substantiellen Wesens auffaßt, dies Wesen somit als sein eigenes Ansich auch in alle seine geistigen Handlungen an sich schon übergegangen war und in ihnen enthalten ist, tritt, bei der Wirklichwerdung dieses Ansich, auch in seinen frühern Handlungen diese Wirklichwerdung von jetzt ab ein, d. h. die Wirkung des neuen Gesetzes *ab nunc* tritt an ihnen hervor.[1] — Weil sie aber erst von jetzt ab hervortritt und das Recht als solches nicht das Reich des Ansich, sondern des im allgemeinen Bewußtsein Wirklichen, Geltenden ist, so müssen die während des bloßen Ansichseins der neuen Bestimmungen bereits vollendeten Wirkungen dieser Handlungen auch durch das damals Wirkliche, also das frühere Recht, bestimmt bleiben.

Von hier aus ist erst in ihrem letzten Grunde die ganze Nothwendigkeit ersichtlich, vermöge welcher die vor dem Zinsmaximumgesetz erfallenen Zinsen noch weiter einklagbar[2], das von dem Sklaven vor Aufhebung der Sklaverei Erworbene Eigenthum des Herrn, wie andererseits die vor der Aufhebung des prohibitiven Ehegesetzes erzeugten Kinder in Bezug auf die bis dahin anerfallenen Erbschaften illegitim bleiben.

Um nun ferner zuvörderst noch einige Beispiele von Convalescenz

---

[1] Hier zeigt sich also der wahre Gedanke der subtilis divisio (der Veränderung) juris et facti, wie sich Justinian (L. 25 C. de donationibus inter etc. 5, 16) einmal ausdrückt. Bei der factischen Veränderung tritt eine Geltung ein, die früher nicht schon an sich vorhanden war, vielmehr nur durch zufälligen Wechsel in den Verhältnissen eines Individuums hervorgebracht wird, eine blos gesetzte, nicht (aus dem Wesen des Geistes) herausgesetzte Veränderung. Einerseits hat dies, da jetzt immerhin das Individuum unter die Herrschaft eines andern Gesetzes tritt, mit der Rechtsveränderung das Gemeinsame, daß auch die frühere Handlung, aber nur dann von jetzt ab convalescirt, wenn für das gültige Dasein derselben vom Gesetze nichts anderes als ein blos formloser Wille gefordert wird (wie also bei der römischen Ehe, oder, wie wir bald an einem andern Beispiel zeigen werden, bei dem römischen Fideicommiß, wenn der Wille zu diesen Handlungen noch jetzt vorhanden ist, sodaß man also hier dies so darstellen kann, als entstünde jetzt erst eine neue Ehe, ein neues Fideicommiß); andererseits hat diese factische Veränderung von der Rechtsveränderung das Unterscheidende, daß bei ihr die Wirkungen der früher bereits entstandenen Thatsachen nicht nur für die Vergangenheit bestehen bleiben, sondern auch von jetzt ab weiter fortdauern, also z. B. die bisjetzt erzeugten Kinder illegitim bleiben, oder ein Testament, das während einer factisch (durch wiedererlangte Vernunft, Aufhebung der Deportation, Freilassung) beseitigten Unfähigkeit errichtet wurde, auch nach der erlangten Fähigkeit ungültig bleibt. (Vgl. Anwendungen, wo der Unterschied zwischen der rechtlichen und factischen Veränderung weiter untersucht werden wird.)

[2] Vgl. oben S. 230 fg.

durch factische Aenderung im Römischen Recht zu bringen, so ist daran zu erinnern, daß, wenn ein in väterlicher Gewalt befindlicher Sohn, ein Deportirter oder ein Sklave, welche alle drei zu jeder letztwilligen Verfügung unfähig, ein Fideicommiß (im römischen Sinne) bestellt, dann aber emancipirt, in die Civität restituirt oder freigelassen wird, das Fideicommiß convalescirt[1]; und natürlich würde ein die Unfähigkeit aufhebendes Gesetz mindestens ebenso große Wirkung haben, wie die Beseitigung derselben durch Herstellung der Civität oder Freilassung. Selbstredend wird hier von Ulpian die Bedingung wiederholt, der auf das Fideicommiß gerichtete Wille müsse bis in den neuen von der Prohibition freien Zustand fortgedauert haben: videlicet si *duraverit* voluntas post manumissionem ... si modo in eadem voluntate *duravit*.

Theilweise bestätigend, theilweise aber auch abweichend, scheint sich zu dem Vorigen das preußische Gesetz vom 27. Febr. 1816 zu verhalten. Durch dasselbe wurde verordnet, daß die in Rheinland wie in Westfalen während der Fremdherrschaft durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehen gültig sein und die daraus erzeugten Kinder als eheliche angesehen werden sollen, wenn auch die von dem französischen Gesetzbuch unter Strafe der Nichtigkeit für Eheschließung vorgeschriebenen civilrechtlichen Formen nicht beobachtet worden seien.

Wenn also hier, zumal in Bezug auf Westfalen, wo bekanntlich das preußische Landrecht wiedereingeführt worden war, eine Convalescenz im obigen Sinne vorliegt, so scheint insoweit eine Abweichung von dem von uns Gesagten stattzufinden, als es den betreffenden Parteien doch auch unter der Herrschaft des Code civil freigestanden hatte, mit Beobachtung der daselbst vorgeschriebenen Formen eine gültige Ehe zu schließen, also diese zwingenden und resp. prohibitiven Bestimmungen nur das Formelle von Handlungen betrafen. Allein die Auffassung des preußischen Gesetzgebers, die ihn zu dem in Rede stehenden Gesetz veranlaßte, war offenbar die, daß religiöse Gewissensskrupel die Parteien an einer Eheschließung vor dem Civilstandesbeamten hätten verhindern und ihnen so die gesetzliche Eheschließung überhaupt, wenn auch aus Gewissensgründen, unmöglich machen können.

War dies die dem Gesetze zu Grunde liegende Auffassung, so gehört, gleichviel ob man diese Auffassung in sich selbst billigt oder verwerflich findet, das Gesetz zur Klasse derer, welche eine materielle, den Individuen nicht vermeidliche Prohibition aufzuheben beabsichtigen.

Leuchtet dies ein, so wird jetzt klar sein, wie dies Gesetz unserer vorhergehenden Erörterung entspricht und die über die Convalescenz aus factischer Veränderung in den obigen Fällen des Römischen Rechts hin-

[1] L. 1, §. 1 und 5, de legat. et fideicomm. (32).

ausgehende stärkere Wirkung der Rechtsveränderung aufzeigt, welche wir als dieser begrifflich zukommend nachgewiesen haben. Denn während nach Römischem Recht die Ehe durch die bloße auf wahre Ehe gerichtete Absicht geschlossen wurde, und man daher die factische Convalescenz so darzustellen suchen kann, daß erst jetzt durch Festhaltung des formlosen Willens die Ehe geschlossen wird, verhält sich die Sache jedenfalls anders in dem betrachteten Falle des preußischen Rechts. Da nach diesem Ehe nur unter bestimmten Formen geschlossen werden kann, die geschlossenen Ehen aber ohne weiteres für gültig erklärt wurden, so ist hier nicht jetzt eine neue Ehe entstanden, was in formloser Weise nicht geschehen konnte, sondern es convalescirte jetzt die frühere, und zwar ihrerzeit ungültige Eheschließung. Da dieselbe jetzt durch den Rechtswechsel als schon zur Zeit ihrer Schließung an sich gültig angeschaut wurde, so sollte diese an sich vorhandene Gültigkeit jetzt auch an ihr als wirklich hervortreten. In dem preußischen Gesetz tritt also bei genauer Betrachtung, auch schon in Bezug auf die Gültigkeit jener Ehen, dieselbe stärkere, dem Rechtswechsel entsprechende Wirkung ein, die wir ihm in Bezug auf die Legitimität der Kinder nachgewiesen haben.[1]

Endlich ist noch ein letzter Unterschied zwischen der durch factische und durch Rechtsveränderung herbeigeführten Convalescenz hervorzuheben, der ebenso theoretisch wie praktisch von nicht geringer Wichtigkeit ist.

Wir sagten oben, daß zur Convalescenz der individuelle Wille ein fortgesetzter, bis in den neuen Zustand hineindauernder gewesen sein müsse, nicht also blos in einer einmaligen Handlung vorübergehend zu Tage getreten sein dürfe. Dies gilt jedoch in diesem Umfange nur bei der durch factische Beseitigung der (materiellen) Prohibition eintretenden Convalescenz, und wir werden nunmehr sehen, welche begriffliche Modification auch dieser Punkt bei der durch Rechtsveränderung herbeigeführten empfängt.

Wir haben oben (S. 261, 267) gesehen, wie nach den römischen Juristen der auf die Ehe oder das Fideicommiß gerichtete Wille bis nach dem Eintritt des neuen die Prohibition beseitigenden Ereignisses fortgedauert haben muß. Es ist dies scharf zu verstehen, sodaß es nicht hinreicht, wenn der Wille blos bis zum Moment dieses Ereignisses gedauert hat, er muß auch noch nach demselben vorhanden gewesen sein. Schon die Worte der römischen Juristen lassen keinen Zweifel hierüber.

---

[1] Der §. 1 dieses Gesetzes lautet: „Alle in den gedachten Provinzen abgeschlossene und durch priesterliche Einsegnung vollzogene Ehen sollen als gültig und die darin erzielten Kinder als rechtmäßig eheliche Kinder angesehen werden, wenngleich die in dem französischen Gesetzbuche bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten dabei nicht berücksichtigt sind."

Drückt sich Pomponius ungenauer darüber aus: quum *apud virum explesset etc.*, so spricht Paulus ganz bestimmt, die Senatorenehe sei gültig *post* depositum officium, wenn der Mann in eadem voluntate *perseverat* (also von jetzt ab), und ebenso ausdrücklich sagt Ulpian, das Fideicommiß sei gültig, si duraverit voluntas *post* manumissionem.

Auch ist der Grund hiervon sehr einleuchtend. Da bei der durch nur factische Veränderung beseitigten Prohibition die während der Dauer derselben vollbrachte Handlung auch nicht als an sich gültig von dem Rechtsbewußtsein angeschaut wird, so ist im Augenblick der Prohibitionsbeseitigung noch nichts an sich Seiendes vorhanden, was in diesem ideellen Zeitmoment in Wirklichkeit übergehen könnte. Die Gültigkeit der Handlung kann somit überhaupt erst dadurch entstehen, daß auch noch jetzt nach der Beseitigung der Prohibition der auf die Ehe u. s. w. gerichtete Wille da ist.

Infolge dessen haben andere Gesetze nach dem factischen Fortfall der Prohibition noch eine gewisse quantitative Ausdehnung des Willens vorgeschrieben, um das wahrhafte Dasein desselben zu constatiren und so die Convalescenz hervorzubringen. So ist nach dem Art. 185 des Code civil von Gatten, die vor dem erforderlichen Alter in Ehe traten, die Ehe erst dann nicht mehr anzugreifen, wenn sie nicht nur das competente Alter erreicht haben, sondern auch bereits sechs Monate nach Erreichung desselben verflossen sind.[1] Und es ist dies um so unangreiflicher, als nach Französischem Recht die Ehe nur durch bestimmte civile Formen, nicht sola affectione geschlossen wird.

Aber man fühlt sofort, daß dies bei einem Gesetze wie dem vorbesprochenen preußischen von 1816 nicht also sein konnte und, wie der Text desselben zeigt, auch nicht sein sollte. Hier sollten die Ehen gültig sein, wenn auch bei dem Erscheinen des neuen Gesetzes seitens des einen oder andern Ehegatten ein Wille hierzu nicht mehr vorhanden gewesen wäre. Um die grundsätzliche Richtigkeit hiervon zu prüfen, ist es inzwischen besser, statt jenes Gesetzes von 1816, welches in unmittelbarer Gestalt nur das Formelle der Eheschließung betrifft und erst auf einem Umwege zu einem solchen wird, welches seiner innern Auffassung nach eine inhaltliche Prohibition beseitigen wollte, ein Gesetz zu unterstellen, welches ein rein materielles Eheverbot aufhebt.

Setzen wir also den Fall, daß unter vollkommen gesetzlich gültigen

---

[1] Art. 185 C. c.: „Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent . . ."

Formen eine wegen Verwandtschaft in unerlaubtem Grade, oder wegen Religionsverschiedenheit oder Standesungleichheit (Allg. Landrecht, Thl. II, Tit. 1, §. 933—940) verbotene Ehe geschlossen worden ist, und nun die betreffende Eheprohibition durch ein neues Gesetz aufgehoben wird. Offenbar müssen dadurch alle noch nicht für nichtig erklärten Ehen dieser Art convalesciren, wenn auch schon bei oder vor Erlaß des neuen Gesetzes der factische Wille der Gatten hierzu nicht mehr fortdauerte, vielmehr selbst ein entgegengesetzter Wille des einen oder andern der beiden Ehegatten, ja selbst beider vorhanden wäre, z. B. freiwillige factische Trennung eingetreten wäre.

Der speculative Grund hiervon liegt in dem Vorigen. Es ist eine Ehe freiwillig in gültigen Formen geschlossen worden. Diese Ehe war nach dem neuen Rechtsbewußtsein, welches dieselbe als erlaubt und innerhalb der individuellen Willensfreiheit liegend anschaut, von vornherein *an sich* gültig. Dieses Ansich, welches während der Zeit des entgegenstehenden Rechts unwillkürlich und wirkunglos war, ist mit dem Moment des neuen Gesetzes zur Anerkennung und Wirklichkeit gekommen, und die noch vorhandene Ehe dadurch in dem Augenblicke des Eintretens desselben zur *an und für sich seienden Gültigkeit* gelangt.

Dasselbe Resultat beweist sich aber auch in folgender, mehr juristischer Form. Welchen Grund will das Individuum für die Nichtigkeit seiner Ehe anrufen? Seinen individuellen Willen? Sein Wille ist vielmehr der gewesen, die Ehe zu schließen, und es hat dies unter allen für einen echten Willen hierzu erforderlichen Formen gethan. Das hindernde Gesetz? Aber dieses ist nicht mehr vorhanden und hat einem entgegengesetzten Rechtsbewußtsein Platz gemacht. Oder soll das frühere Verbotsgesetz wegen seiner Gleichzeitigkeit mit der Eheschließung jetzt als erworbenes individuelles Recht gelten? Aber dadurch, daß *gegen* das Verbot eines Gesetzes gehandelt wird, wird dies Gesetz doch gewiß nicht von dem ihm entgegenhandelnden Individuum sich angeeignet und zu seinem erworbenen Titel gemacht!

Vollkommen congruent mit den früher entwickelten Unterschieden ist es also hier bei der durch Gesetzesänderung aufgehobenen Prohibition, im Gegensatz zu der durch factische Veränderung beseitigten, nicht erst der *nach* der Beseitigung des Hindernisses noch fortdauernde Wille, welcher von jetzt ab Wirkungen hervorbringt, sondern die *frühere Handlung als solche* convalescirt jetzt dadurch, daß sie seitens des Individuums eine von ihm hervorgebrachte und *von ihm noch nicht aufgehobene* äußere Wirklichkeit ist, die jetzt durch die Umwandlung des allgemeinen Bewußtseins — welches allein sie bisher von der rechtlichen Existenz ausschloß — *in ein mit ihr identisches*, die rechtliche Sanction

erlangt.[1] Folglich erlangt sie dieselbe in dem ideellen Zeitmoment selbst, in welchem diese Entwickelung der Rechtssubstanz in dem Gesetz-

[1] Dies kann zunächst dem S. 250, Note 2, von der Ungültigkeit der gegen die Prohibition laufenden conditionellen Verpflichtung (s. Paulus daselbst) Gesagten zu widersprechen scheinen. Aber der Widerspruch wird zunächst schon dadurch ausgeschlossen, daß ja an dem, was dort über die blos factische, nicht rechtliche Existenz der conditionellen Verpflichtung während der Fortdauer der Prohibition entwickelt wurde, durch das Obige nichts geändert wird. Wäre jene conditionelle Stipulation, was Paulus mit Recht verneint, gültig, so würde sie, einmal getroffen, nicht einmal während der Zeit der Prohibition vom Individuum einseitig wieder aufgehoben werden können, was sie nach dem Obigen kann. Und nur auf die Verneinung dieser conditionellen Gültigkeit während der Existenz der Prohibitivbestimmung bezieht sich die Argumentation jener Note.

Uebrigens waltet noch ein weiterer, den Widerspruch ausschließender Unterschied ob. Jene conditionelle Verpflichtung, die Paulus erwähnt, geht dahin, einen Menschen zu liefern, wenn er Sklave, oder einen Ort, wenn er ex sacro religiosove zu einem profanen geworden sein wird. Diese Verpflichtung würde nun aber nicht nur während der Prohibition, also während der Freiheit des Menschen, der Heiligkeit des Ortes, ungültig sein, sondern sie würde auch durch das Eintreffen der Bedingung nicht convaleſciren. Der sich aus unserer ganzen Entwickelung ergebende und sie von neuem bestätigende Grund hierfür ist folgender: Ist ein Freier zum Sklaven oder ein bestimmter locus sacer zum profanen geworden, so ist das eine durch factische Ereignisse vermittelte Veränderung des Rechts dieses bestimmten Menschen und dieses bestimmten Ortes; aber es ist keine Veränderung in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein selbst vorgegangen. Dieses ist vielmehr schlechthin mit sich identisch geblieben. Es wird von demselben nach wie vor als ungültig angeschaut, über einen Ort dieser bestimmten Art, einen locus sacer, zu stipuliren (während es in dem im Text in Rede stehenden Fall jetzt nicht mehr als ungültig angeschaut wird, eine Ehe dieser bestimmten Art — dieses Verwandtschaftsgrades — zu schließen), und es wird ebenso noch als zuläſſig angeschaut, daß ein fundus von der Gattung des stipulirten ein locus sacer sein könne. Daß er es nicht mehr ist, ist eine in Factischem wurzelnde zufällige Veränderung. Man sieht, daß der Unterschied wieder aus dem Punkte entspringt, daß (s. oben S. 262, 266 fg., Note 1) die durch Factisches herbeigeführte Veränderung sich dem Geiste als eine zufällig eintretende, nicht als eine Entwickelung darstellt, also nicht auf ein ihr vorausgehendes Anſich des Geistes zurückweist, während die geiſtige Veränderung der allgemeinen Anschauung als eine im Geiſte vorgehende, nothwendig für den Geist auch die Bedeutung einer nothwendigen, statt zufälligen, die Bedeutung der Herausstellung eines schon vorher an ſich in ihm Vorhandenen hat.

Um den Unterschied ganz deutlich zu zeigen, mag also noch hinzugefügt werden, daß die von Paulus unterstellte ungültige Stipulation — ob mit, ob ohne Condition — in zwei Fällen allerdings nachträglich convaleſciren würde; nämlich a) wenn die Rechtsregel, daß die res sacrae zu den res extra commercium gehören, aufgehoben würde, oder wenn b) die Sache dadurch profan würde, daß etwa durch eine Aenderung in der religiösen Anschauung die ganze Art, der sie angehört (z. B. ein Sumpf, eine bestimmte Thierart u. s. w.), zu einer solchen

wechsel wirklich geworden, und es ist von nun ab der Wille zur Aufrechterhaltung der Handlung gar nicht in mehrerem Grade erforderlich, als wenn dieselbe von Anfang an unter einem sie erlaubenden Gesetz geschehen wäre.

Von selbst dagegen ist evident, daß, wenn bereits während der Zeit des Prohibitivgesetzes der individuelle Wille die Handlung in der je nach der Natur derselben hinreichenden Weise wieder aufgehoben hatte, wenn also die Ehe für nichtig erklärt worden war, oder der Schenkende die materiell verbotene Schenkung widerrufen hatte, der Fortfall des Prohibitivgesetzes keine convalescirende Wirkung mehr hervorzubringen vermag. Denn das neue Rechtsbewußtsein findet jetzt auch in dem ideellen Zeitmoment seines Eintretens gar keine Handlung und keinen in ihr vorhandenen Willen mehr vor, der zu convalesciren vermöchte. Und trotz seiner gegenwärtigen Auffassung der frühern Handlung als einer an sich gültigen, kann es dem Individuum das Recht nicht bestreiten, sie während des entgegenstehenden Gesetzes durch eine zweite Handlung oder resp. Willenserklärung in rechtmäßiger — weil der damaligen Wirklichkeit des Rechts gemäßer — Weise auch seinerseits als das gesetzt zu haben, was sie damals der Wirklichkeit nach war, als eine ungültige und von Anfang an nichtige. Diese zweite in Uebereinstimmung mit dem damaligen allgemeinen Bewußtsein vorgenommene Handlung oder Willenserklärung bleibt daher dem Individuum ein erworbenes Recht.

Es können daher die wegen unerlaubten Verwandtschaftsgrades oder Religionsverschiedenheit bereits für nichtig erklärten Ehen durch die Aufhebung dieser Gesetze nicht mehr berührt werden (ebenso wenig wie das preußische Gesetz von 1816 auf solche Fälle mehr einwirken konnte), und auch nicht einmal die zwischen der Schließung der Ehe und ihrer Nichtigkeitserklärung erzeugten Kinder können durch ein späteres Gesetz legitimirt werden, da die Nichtigkeit der Ehe nicht erst von der Nichtigkeitserklärung datirt, sondern durch diese als eine ab initio vorhandene erworben ist.

Es ist soeben der Schenkungen Erwähnung gethan worden. Aus

---

wird, die schlechterdings nicht sacra oder sancta sein kann. — Hier zeigt sich also jetzt auch der tiefere Grund, warum die in §. 7, S. 245 fg., betrachtete Veränderung, daß eine Sache oder ein Ort zur res sacra etc. gemacht und also extra commercium erklärt wird, dennoch eine durch factische Umstände eingetretene Rechtsveränderung, keine reine Rechtsveränderung ist. Allein dies war dort noch gleichgültig und konnte daher dort vernachlässigt werden. Denn der reinen Rechtsveränderung kommen, wie jetzt aus dem Obigen klar ist, nur noch andere und stärkere, immer aber mindestens dieselbe Einwirkung zu, wie dem durch factische Umstände vermittelten Eintreten von Prohibitivgesetzen.

den entwickelten Principien folgt, daß eine die materielle Dispositionsbefugniß überschreitende und darum insoweit nichtige Schenkung convalescirt, wenn noch während Lebzeiten des Schenkenden und ehe er die Schenkung widerrufen, das seine Dispositionsbefugniß beschränkende Prohibitivgesetz aufgehoben wird.

Eine ähnliche Entscheidung ist vom Tribunal zu Loudun durch Urtheil vom 10. April 1822 erlassen worden. Der einzige Sohn eines unter dem Code civil, und wie es scheint, ab intestato gestorbenen Vaters, welcher unter dem die Dispositionsbefugniß zu Gunsten der Descendenten auf ein Zehntheil beschränkenden Gesetz vom 17. Nivôse II eine diese Grenze überschreitende Schenkung gemacht hatte, focht dieselbe an, während der Beklagte behauptete, daß dieselbe bestehen bleiben müsse, soweit sie nicht gegen die vom Code civil eingeräumte Dispositionsbefugniß verstoße.

Das Tribunal entschied gegen den Kläger mit folgenden Gründen:

„Attendu que les donations entre vifs, étant irrévocables ne peuvent être régies que par les lois sous l'empire desquelles elles sont faites;

„Qu'il en résulte qu'elles ne peuvent jamais être réduites pour une légitime plus forte que celle fixée par la loi de la donation;

„Mais que la légitime ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession; que le légitimaire n'en peut être saisi que par la mort, d'après ce principe, que le mort saisit le vif, et qu'il ne peut avant former aucune espèce d'action à cet égard;

„Que les successions ne sont régies que par les lois qui existent à leur ouverture; que c'est alors seulement que l'on peut examiner s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu à la légitime:

„Que le légitimaire ne peut agir pour faire réduire les donations qu'en vertu de la loi qui régit la succession, puisque c'est cette loi qui établit son droit et qu'ainsi il ne peut demander plus que cette loi ne lui accorde."

Merlin, welcher dieses Urtheil mittheilt[1], tritt demselben aus den in demselben angegebenen Gründen gleichfalls bei. Aber es wird sich nicht verkennen lassen, daß diese Gründe durchaus unzureichender Natur sind. Die Schenkung war eine ungültige gewesen. Der Vater hatte sie auch seit dem Eintreten des Code civil nicht bestätigt. Auch versucht

[1] Rép de Jurispr. v° Effet rétr., Sect. III, §. 3, Art. 5, V, 585.

das Urtheil selbst nicht einmal, aus seinem Stillschweigen beim Tode eine letztwillige Bestätigung derselben herzuleiten, was auch bei dem System des französischen Gesetzes über Schenkungen und Testamente unthunlich wäre. War somit die Schenkung niemals gültig geworden, lag der Anspruch auf die ungültig verschenkten Objecte bis zum Tode in dem Vermögen des Verstorbenen[1], so erfordert das Princip: le mort saisit le vif vielmehr, daß auch dieser Anspruch nun auf den gesetzlichen Erben übergeht.[2]

Die wahre Rechtfertigung der Entscheidung ergibt sich vielmehr aus dem Obigen. Die Schenkung convalescirte durch das Eintreten des Code civil, woraus dann aber die Folgerung hervorgeht, daß sie nun auch von dem Schenkenden selbst nicht mehr revocirt werden konnte.

Zur Sicherstellung der in diesem Paragraphen entwickelten Theorie gegen einige mögliche Einwürfe bedarf es noch eines Blicks auf die Ratihabition und die Vergleichung der durch sie eintretenden Wirkungen mit den oben entwickelten begrifflichen Folgen.

Die Ratihabition ist, da sie in dem Eintreten einer früher nicht vorhandenen Einwilligung eines Individuums besteht, eine factische Veränderung. Da nun aber die Ratihabition gleichwol im allgemeinen auf den Anfang der ratihabirten Handlung zurückwirkt und sie nicht vom Zeitpunkt der Ratihabition, sondern vom Zeitpunkt ihrer Vollbringung ab gültig macht, so könnte man dies als einen bestimmten Widerspruch gegen die oben abgeleiteten Gedankengesetze geltend machen, und diese dadurch

---

[1] Es würde ganz irrig sein, diese Schenkung nicht als ein nichtiges, sondern nur als anfechtbares Rechtsgeschäft betrachten zu wollen, welches nur in dem selbständigen Rechte bestimmter Personen (in der Erbberechtigung der Descendenten) das Hinderniß seiner Gültigkeit habe, sodaß es nur wegen des Aufhörens dieses Rechts der dritten Person seine Anfechtbarkeit durch dieselbe verliert und dadurch in volle Wirksamkeit tritt, wie dies der innere Gedankengang des obigen Urtheils ist. Es wäre dies sehr irrig, sagen wir; denn wäre das in dem Rechte der dritten Person liegende Hinderniß in factischer Weise beseitigt worden, dadurch nämlich, daß statt des Eintretens des Code civil das Nivôsegesetz bestehen geblieben, der einzige Descendent des Vaters aber vor demselben gestorben wäre, so war nun zwar gleichfalls durch den Tod das in dem Rechte einer bestimmten Person liegende Hinderniß fortgefallen, und dennoch wäre, wie niemand bestreiten wird, der Vater berechtigt geblieben, die ungültige Schenkung jederzeit aufzuheben. — Die Convalescenz geht also nicht dadurch vor, daß das Einspruchsrecht des Dritten fortfällt, sondern dadurch, daß ein Gesetz eingetreten ist, welches, die materielle Prohibition beseitigend, die Willenshandlung der Schenkung als eine in der Befugniß des Individuums stehende und somit gültige anerkennt.

[2] Weshalb denn auch der pariser Cassationshof durch Urth. vom 7. Ventôse XIII und vom 1. Febr. 1820 in dem dem Tribunal von Loudun entgegengesetzten Sinne entschieden hat.

der Unrichtigkeit oder der Unvollständigkeit und Unfähigkeit systematischer Durchführbarkeit überführen wollen.

Bei genauerer Betrachtung verschwindet jedoch nicht nur dieser Schein, sondern ergibt sich sogar eine erhebliche und systematische Bestätigung für das durchgreifende Walten der von uns exponirten Begriffsunterschiede auf diesem Gebiete.

Zunächst muß hervorgehoben werden, daß die Ratihabition nur dadurch die Handlung — z. B. den ohne Mandat geschlossenen Vertrag u. s. w. — von Anfang an gültig macht, weil sie eine freiwillige Acceptation der ursprünglichen Handlung und aller ihrer bisjetzt eingetretenen Wirkungen durch den Berechtigten darstellt. Zum Unterschied der als Folge einer rechtlichen oder factischen Veränderung ipso jure eintretenden eigentlichen Convalescenz, hat die Ratihabition also die Natur eines jetzigen Vertrags, vermöge deren der Privatwille ausdrücklich über vergangene Handlungen stipulirt und sie sammt ihren Wirkungen zu den seinigen macht, soweit nämlich die frühere Ungültigkeit derselben lediglich seinem Privatrechte entfloß.[1]

Denn es muß zweitens, an diese letztere Einschränkung anknüpfend, bemerkt werden, daß die Ratihabition nicht in allen Fällen retrodatirende Wirkung hat.

Wenn eine Ehe ohne die väterliche Einwilligung geschlossen worden, und letztere später ertheilt wird, so wird die Ehe gültig, aber nicht vom Tage ihrer Schließung, sondern erst vom Tage des väterlichen Consenses an, sodaß der Mann niemals die Frau wegen eines vor diesem Consens begangenen Ehebruchs verklagen kann, da das Verhältniß bis dahin als Concubinat aufgefaßt bleibt.[2]

Ebenso convalescirt durch die nachträgliche väterliche Einwilligung zur Ehe die dotis promissio, aber nur vom Tage des Consenses ab, und bei der gegen die kaiserlichen Mandate geschlossenen Ehe bleibt die dos, wenn auch später die Einwilligung ertheilt wird, dem Fiscus erworben.[3]

Und Paulus entscheidet ausdrücklich, daß die vor dem väterlichen Consens erzeugten Kinder illegitim bleiben.[4]

In anderer Hinsicht verschieden, aber in Bezug auf das bald her-

---

[1] Und soweit also, wie wir bald sehen werden, gar kein Prohibitivgesetz entgegenstand, nämlich keine gesetzliche Bestimmung, auf welche nicht auch durch die Privatwillkür des Berechtigten im voraus hätte verzichtet werden können (vgl. oben S. 163, Note 1, und S. 236, Note 1).

[2] Ulpian in L. 13, §. 6 ad legem Juliam de adult. (48, 5) und L. 13 de his qui not. infam. (3, 2).

[3] L. 8 C. de nuptiis (5, 4); vgl. L. 68 de jure dot. (23, 3).

[4] L. 11 de stat. hom. (1, 5).

vorzuhebende Princip grundsätzlich auf derselben Linie steht auch folgender Fall. Schenkungen zwischen Mann und Frau während der Ehe sind nach Römischem Recht bekanntlich ungültig. Durch das auf die Rede des Antoninus erlassene Senatsconsult wurde jedoch festgestellt, daß, wenn der Donator stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, dieselbe hierdurch als stillschweigend confirmirt und gültig geworden betrachtet werden soll.

Es wäre irrthümlich zu glauben, daß die ursprünglich wegen mangelnder Fähigkeit nichtige Schenkung jetzt qua Testament gültig wird. Schon der eine Grund würde hiergegen ausreichen, daß das aus mangelnder Fähigkeit sowol des Testirenden als auch des Honorirten ungültige Testament selbst nach römischer Lehre nicht durch das Vorhandensein der Fähigkeit zur Todeszeit ohne ausdrückliche Wiederholung gültig wird.[1]

Die Schenkung convalescirt somit jetzt als solche durch die unterstellte Bestätigung. Aber gleichwol convalescirt sie *nicht* vom Tage der Schenkung, sondern erst von der Zeit des Todes ab; sie wird daher als eine Schenkung von Todes wegen behandelt und die Falcidische Quart von ihr abgezogen.[2]

Betrachtet man nun alle die angeführten Fälle genauer, so stellen sie sich nicht als bloße Ausnahmen von der Regel der retrodatirenden Wirkung der Ratihabitation dar, sondern es tritt in diesen scheinbaren Ausnahmen und dieser scheinbaren Regel nur die Gliederung eines in sich einigen Princips zu Tage.

Ist nämlich, wie beim Mangel des väterlichen Eheconsenses die Nichtigkeit der Handlung nicht blos Ausfluß des *Privatrechts* des zur Genehmigung Berechtigten, sondern durch Gründe des öffentlichen Rechts vermittelt, liegt also eine *wahre Prohibition* vor, d. h. ein *absolutes* Gesetz, über welches die Privatwillkür nicht transigiren kann, so kann die nachträgliche Ratihabition keine auf den Anfang der Handlung sich zurückerstreckende Convalescenz hervorbringen.

Das spätere Factum der väterlichen Einwilligung kann nicht bewirken, daß die beim Mangel dieser Einwilligung durch die Anschauung des öffentlichen Bewußtseins prohibirte Ehe bis zum Eintreten dieser Einwilligung nicht nichtig gewesen sei und nichtig gewesen bleibe.

---

[1] S. §. 4 Inst. de her. qual. (2, 19); L. 6, §. 2; L. 49, §. 1; L. 59; §. 4 de her. inst. (28, 5).

[2] S. L. 32 de donat. inter vir. et ux. (24, 1); L. 12 C. ad leg. Falc. (6, 50) und L. 25 C. de donat. inter vir. et ux. (5, 16). — Erst Justinian bringt durch das letztbezogene Gesetz Verwirrung in diese Lehre, indem er diese stillschweigenden Bestätigungen (und auch die ausdrücklichen) „sicut et alias ratihabitiones negotiorum" theils auf den Tag der Schenkung zurückwirken, theils wieder, in besondern Fällen, nicht zurückwirken läßt.

Dagegen tritt bei der Ratihabition eines ohne meinen Willen geschlossenen Vertrags oder der Verpfändung einer mir gehörigen Sache u. s. w. retrodatirende Wirkung deshalb ein, weil die Ungültigkeit dieser Handlungen gar nicht auf einem absoluten und somit gar nicht auf einem Prohibitivgesetze beruht, sondern lediglich in der Berechtigung eines Privatwillens.[1]

---

[1] Es ist hier von Interesse, einen Blick auf die Ehevorschriften des Allg. Landrechts zu werfen, welchen im allgemeinen die im bisherigen entwickelten Gedankenbestimmungen, daß einerseits bei der factischen Beseitigung von Prohibitivgesetzen die Gültigkeit erst ab nunc eintreten kann, und andererseits Hindernisse, welche lediglich in der Berechtigung eines bloßen Privatwillens liegen, nicht als Prohibitionen des öffentlichen Bewußtseins aufzufassen sind und ihre Beseitigung daher die Handlung zu einer ab initio gültigen macht, in einer, obwol nicht consequent festgehaltenen, aber doch unleugbaren Weise zu Grunde liegen. Das Allg. Landrecht unterscheidet (Thl. II, Tit. 1, §. 933 fg.) zwischen nichtigen und ungültigen Ehen. §. 933: „Ehen, welche wegen obwaltender Verbotsgesetze niemals bestehen können, heißen nichtig." §. 934: „Ehen, welchen zwar von Anfang an gesetzliche Hindernisse im Wege stehen, die aber doch in der Folge durch Hebung dieser Hindernisse verbindliche Kraft erlangen, werden ungültig genannt." Der erste Paragraph spricht also ausdrücklich von den Prohibitivgesetzen als solchen. Welches zum Unterschiede von diesen der Begriff der im zweiten Paragraphen erwähnten „gesetzlichen Hindernisse" sein soll, sagt uns das Allg. Landrecht nicht, sondern begnügt sich damit, die hier gemeinten Ehen an den von ihm vorgeschriebenen Folgen erkennen zu lassen (statt umgekehrt die Folgen aus dem Begriff abzuleiten). Sieht man inzwischen auf die §§. 968—972, in welchen das Landrecht die ungültigen Ehen aufzählt, so findet man, daß meistens solche Hindernisse gemeint, welche, wenigstens nach der Auffassung des Allg. Landrechts, blos privatrechtlicher Natur sind (mangelnder individueller Wille u. s. w.). Der hauptsächliche Unterschied zwischen den nichtigen und den ungültigen Ehen besteht nun, unserer Entwickelung sehr entsprechend, in Folgendem: Auch von den wegen wahrer Prohibition nichtigen Ehen wird zugegeben, daß sie durch factische Beseitigung des prohibirenden Umstandes zur Gültigkeit gelangen können. Aber es wird bestimmt, daß diese Gültigkeit erst von jetzt an ihren Anfang nimmt, und deswegen sogar verordnet (was dem Gesetzgeber jedenfalls zustand, s. §. 6 über das Recht desselben, dem Individuum das onus einer nochmaligen Willensbestätigung aufzulegen), daß die Ehe jetzt nochmals vollzogen werden muß. §. 946: „Soll ... die nichtige Ehe nach gehobenem Hinderniß zur Gültigkeit gelangen, so muß sie auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art nochmals feierlich vollzogen werden." §. 947: „Mit dem Zeitpunkt dieser nochmaligen Vollziehung nimmt die Gültigkeit einer solchen Ehe erst ihren Anfang." [Die Vorschrift der nochmaligen Vollziehung zeigt zugleich, daß das Landrecht bei der factischen Beseitigung der Prohibition, die es natürlich überall unterstellt, mit Recht der Ansicht ist, daß der auf die Gültigkeit der Handlung gerichtete Wille noch nach der Beseitigung des Prohibitivumstandes vorhanden sein muß, damit Convalescenz eintreten könne.] Von den ungültigen Ehen wird dagegen verordnet, §. 975: „Wird aber das Ehehinderniß in der Folge gehoben, so muß angenommen werden, daß die Ehe von Anfang an gültig gewesen

Dies zeigt sich, entsprechend dem von uns überall festgehaltenen Begriff des Prohibitivgesetzes (s. oben S. 163 und 236, Note 1), klar daran, daß der Berechtigte auf die Ungültigkeit solcher Handlungen, zu denen seine Einwilligung *nicht* vorliegen wird, *auch im voraus wirksam verzichten kann*. Denn dies geschieht in einer Generalvollmacht, durch welche ich einen procurator omnium rerum aut ad omne negotium ernenne[1] und künftige Handlungen als für mich gültig erkläre, denen nicht einmal mein Wissen, und somit auch nicht mein Wollen einwohnen wird. Darum ist auch nicht einmal das SC. Macedonianum, in Hinsicht auf den *Vater*, ein Prohibitivgesetz, da dieser nicht gehindert wäre, dem in seiner Gewalt befindlichen Sohne eine derartige Generalprocuration zu ertheilen, während z. B. die Unfähigkeit des filius, zu testiren, eine prohibitive ist; denn hierzu kann ihn der Vater auch nicht ermächtigen. Und *weil* es kein Prohibitivgesetz rücksichtlich der väterlichen Verbindlichkeit ist, so wirkt mit Recht die väterliche Ratihabition eines vom Sohne gemachten Darlehens auf dasselbe ganz so convalescirend ein[2], als wenn der Privatwille von Anfang an (also das Mandat) dazu vorgelegen hätte.[3]

---

sei." — Zwar rechnet das Allg. Landrecht die Ehen, denen der väterliche Consens mangelt, zu den blos ungültigen Ehen (§. 972), die also durch die nachträgliche Ertheilung des Consenses von Anfang an gültig werden. Allein es widerspricht deshalb *durchaus nicht* dem oben an der römischen Behandlung dieses Falls entwickelten *Grundsatz*, daß, wo der Mangel an Consens eine wahre Prohibition begründet, die nachträgliche Ratihabition der Handlung erst von jetzt ab und nicht für die Zeit, wo sie contra jus gewesen, zur rechtlichen Existenz verhelfen kann. Denn in den Fällen, wo landesherrliche Einwilligung (beim Militär) oder Dispensation (bei Standesungleichheit) erforderlich — in Fällen also, wo auch nach der Auffassung des Allg. Landrechts eine aus dem öffentlichen Interesse fließende wahrhafte Prohibition vorliegt —, ist die Ehe *nichtig*, und bleibt dies auch, wenn nachträglich die landesherrliche Einwilligung oder Dispensation eintritt, bis zur nochmaligen Eheschließung (§§. 938. 940. 946). Das Landrecht erkennt also hierdurch unsern obigen Grundsatz an. Wird die väterliche Einwilligung abweichend behandelt, so ist dies also nur ein Beitrag mehr zu der geänderten Auffassung der patria potestas des Landrechts im Vergleich zur römischen.

[1] Ulpian, L. 1, pr. 1 mandat. (3, 3); Paulus, R. S. I, 3, §. 2.

[2] Ulpian, L. 7, §. 15 de SC. Maced. (14, 6); L. ult. C. ad SC. Maced. (4, 28).

[3] Der einzige scheinbare Fall, den man aus dem Römischen Recht gegen die obige Entwickelung geltend machen könnte, wäre folgender: Die Veräußerung eines Dotalgrundstücks durch den Ehemann ist eine ganz nichtige Handlung. Wenn ihm aber späterhin die ganze Dos zufällt, so convalescirt dadurch die Veräußerung von selbst. (Papinian, L. 42 de usurp., 41, 3.) Da nun aber die Unveräußerlichkeit der Dos eine wahrhafte Prohibition darstellt, an welcher der Privatwille nichts ändern kann; da ferner diese Prohibition im gedachten Falle durch *factische* Aenderung beseitigt ist, und dennoch, ohne neue Tradition, die Veräußerung convale-

Seines Rechts aber zur Einwilligung in die bestimmte vom Sohne zu schließende Ehe kann sich der Vater nicht im voraus wirksam begeben. Er kann nicht in gültiger Weise dem Sohne die allgemeine Ermächtigung ertheilen, jede ihm beliebige Ehe zu schließen und ihn so von der Erforderlichkeit seines Specialconsenses entbinden.

Das Erforderniß dieser Genehmigung beruht also im Unterschied von den frühern Fällen auf einer absoluten, der Privatwillkür nicht anheimgestellten Vorschrift. Mit andern Worten: das Verbot, Ehe ohne väterliche Einwilligung zu schließen, ist eine durch die Anschauung des allgemeinen Bewußtseins als solchen gesetzte Prohibition, und darum kann, solange dies allgemeine Bewußtsein in seiner Rechtsanschauung mit sich identisch bleibt, das Factum der nachträglichen väterlichen Einwilligung nichts daran ändern, daß in Bezug auf die Zeit bis dahin die stattgehabte Ehe als eine durch das Volksbewußtsein ausgeschlossene nach wie vor ohne rechtliche Existenz bleibt.

Ebenso stellt die Unfähigkeit der Eheleute, sich zu beschenken, eine absolute, dem Privatwillen in keiner Weise überlassene Prohibition dar, und darum kann auch die Bestätigung derselben von Todes wegen, d. h. in dem Augenblicke, wo durch factische Veränderung der Ehegatte diese Fähigkeit erlangt hat, nicht ändern, daß die Schenkung bis dahin als eine contra jus gewesene ungültig bleibt und erst von dem Moment der Bestätigung ab Existenz gewinnt.

---

scirt, so scheint diese Convalescenz auf den Anfang der Handlung zurückzulaufen, in welchem Falle sie ein Widerspruch gegen das obige Gesetz wäre. Da inzwischen begriffliche Gesetze, zum Unterschied von Regeln, keine wahrhafte Ausnahme kennen, so ist es Pflicht, diesen Schein zu beseitigen. Auch wenn ein Nichteigenthümer eine Sache verkauft und hinterher das Eigenthum erwirbt, so convalescirt dadurch die Veräußerung. Papinian sagt uns das an derselben Stelle: Idem juris est quam is qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. Und ausführlicher verbreiten sich Ulpian und Julian darüber, L. 4, §. 32, de doli mali et met. exc. (44, 4). Wenn der zum Eigenthümer gewordene Nichteigenthümer gegen den Käufer klagt, so würde er — heißt es daselbst — mit der exceptio doli mali zurückgewiesen werden. Wenn der zum Eigenthümer gewordene Nichteigenthümer aber im Besitz ist und der Käufer klagt, so kann er die Exception des Gegners mit der doli replicatio abschlagen; „ac per hoc intelligeretur", sagen Ulpian und Julian, „eum fundum *rursus vendidisse quem in bonis non haberet*" (nämlich als er ihn zum ersten mal verkaufte). Es wird also die Sache so gedacht, als wäre im Moment der Eigenthumserwerbung seitens des Verkäufers ein zweiter ideeller Verkauf vor sich gegangen, d. h. der Verkauf convalescirt erst von diesem Augenblick an, nicht in Bezug auf die frühere Zeit (also nicht in Bezug auf die frühern Früchte u. s. w.). Und offenbar ganz dasselbe muß auch für die Veräußerung von Dotalgrundstücken gelten, wie zum Ueberfluß noch die Papinianische Behandlung beider Fälle als identischer zeigt. — Es findet also auch hier gar keine Ausnahme statt.

Dies ist auch der Grund, weshalb die Autorisation des Tutor zu einem Vertrage, welche nicht als eine privatrechtliche Befugniß, sondern als ein im öffentlichen Interesse liegender Schutz der Willensfreiheit von Unmündigen gedacht ist, statim in ipso negotio erfolgen muß und der Tutor weder den Vertrag statt dessen nachträglich genehmigen, noch im voraus dazu Autorisation ertheilen kann.[1]

Was wir durch diese Auseinandersetzung über die Ratihabition gezeigt zu haben glauben, ist, um das Resultat kurz zusammenzufassen, Folgendes:

1) daß die Ratihabition, obgleich sie eine durch factische Veränderung eintretende Gültigkeit darstellt und obgleich diese Gültigkeit auf den Anfang der Handlung zurückläuft, dennoch den von uns entwickelten begrifflichen Gesetzen über die geringere und nothwendig nur ab nunc laufende Wirkung der factischen Beseitigung von Prohibitionen nicht widerspricht, da die Ratihabition jenen retrodatirenden Effect nur ausübt, weil und insofern sie nicht in der Beseitigung einer durch das öffentliche Bewußtsein gesetzten Prohibition, sondern eines rein privatrechtlichen, lediglich in der Sphäre eines individuellen Willens gelegenen Hindernisses besteht, ein Privatwille, der, wo es auf sein alleiniges Schalten ankommt, auch wenn er nachträglich eintritt, natürlich als das Frühere acceptirend und zu dem seinigen machend, ganz ebenso angesehen werden muß, als wäre er ab initio vorhanden gewesen; daß also diese Ratihabition einerseits mit unserm Gegenstande — den Prohibitivgesetzen — überhaupt nichts zu thun hat, andererseits gerade durch den in sich innerlich übereinstimmenden Gegensatz, in welchem ihr Wesen und ihre Wirkung zu der Prohibition des öffentlichen Bewußtseins steht, das von uns hierüber Gesagte gerade unterstützt und vervollständigt.

2) daß, wo die Ratihabition wirklich eine factische Beseitigung von Prohibitivgesetzen darstellt, sie in der That keine auf den Anfang der Handlung zurücklaufende Wirkung ausübt, sondern die confirmirte Handlung ganz so erst von jetzt ab gültig wird, als wäre sie jetzt erst eingetreten, und alle bereits entstandenen Wirkungen derselben auch von jetzt ab ungültig bleiben (die Kinder illegitim, die Dos caduc), wie wir dies oben entwickelt haben, und dies die nothwendige Gedankenfolge davon ist, daß das bei der blos factischen Beseitigung der Prohibition in sich identisch gebliebene Rechtsbewußtsein des Volkes die Handlung bis zum Eintritt

[1] Gajus in L. 9, §. 5, de autor. et consensu etc. (26, 8): Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit, und Inst. §. 2 de auctor tutor.

der factischen Aenderung noch nach wie vor als eine an und für sich ungültige und substantiell nichtige anschaut.

Werden dagegen materielle Prohibitivgesetze aufgehoben und somit durch eine Aenderung des allgemeinen Bewußtseins beseitigt, so ist in Bezug auf die während des Verbots in gültigen Formen vorgenommenen und noch nicht wieder aufgehobenen individuellen Willenshandlungen dieser Art etwas eingetreten, was man, wenn es auf eine Analogie ankäme, als eine Ratihabition des öffentlichen Geistes bezeichnen könnte.

Diese Ratihabition oder Confirmation erzeugt nun, wie wir dies oben ausführlich und in allen ihren Momenten zum Unterschiede von der durch factische Aenderung hervorgebrachten Convalescenz auseinander gesetzt haben, die Folge, daß von jetzt ab die frühere Handlung als solche convalescirt, d. h. daß die Handlung nunmehr als von Anfang an an sich gültig angeschaut wird, dieses Ansich jetzt zur rechtlichen Anerkennung kommt, und daher von dieser Anerkennung ab auch die früher entstandenen Folgen und Wirkungen der Handlung zu rechtlich gültigen werden, und nur bereits erworbenen Rechten gegenüber — d. h. solchen gegenüber, welche während der Zeit der Prohibition bereits erworben worden waren, und deren Erwerb durch die damalige Ungültigkeit jener Handlungen vermittelt worden war — ungültig bleiben.[1] (Vgl. §. 9.)

Da jetzt die Handlung als solche convalescirt, so liegt hierin, wie schon oben hervorgehoben wurde[2], der Grund, daß zum Unterschied von der Beseitigung der Prohibition durch factische Aenderung, auch einmalige Willenshandlungen, die nicht, wie die Ehe, einen dauernden Zustand begründen, durch rechtliche Aufhebung der materiellen Prohibitionsbestimmung convalesciren, wenn nur nicht bereits vor dem Rechtswechsel die Ungültigkeit der Handlung wieder ihrerseits durch Willenshandlung, Urtheil oder Vergleich u. s. w. zu einem erworbenen Rechte geworden ist. Auch fehlt es, außer dem hierüber bereits Angeführten, nicht an Beispielen hierfür im Römischen Recht. So verordnet der Kaiser Anastasius[3], daß alle über die servilis vel adscriptitia conditio noch zu schließenden oder bereits geschlossenen[4] Transactionen, auch in den noch hängigen Processen[5], fürder nicht aus dem Grunde als ungültig angesehen werden sollen, weil sie über die servilis vel ad-

---

[1] Wie also z. B. in dem oben gesetzten Falle der während der Prohibition, und somit während der Illegitimität der Kinder, anerfallenen Erbschaft.

[2] Siehe oben S. 263 fg., 270 fg.

[3] L. ult. C. de transactionibus (2, 4).

[4] . . . transactiones celebrandas *vel jam celebratas* etc.

[5] . . . in omnis litigiis *jam motis et pendentibus.*

scriptitia conditio errichtet sind. Ebenso verordnet Justinian[1], daß, wenn auf die der sacerdotalen Prärogative zustehende Klagverjährung verzichtet worden ist, dieser Verzicht gültig und bindend sein, und dies auf alle solche Fälle seine Anwendung erhalten solle „qui necdum per judicialem sententiam vel amicabilem conventionem sopiti sunt".

§. 11. Absolute Gesetze. Civiler und naturaler Wille. Convaleszenz durch erleichternde Formgesetze (Fortfall formeller Prohibitivgesetze) bei willkürlich-revocabeln Acten; Testament.

Wir haben bisher gezeigt, daß durch den Fortfall eines Prohibitivgesetzes die nachträgliche Convaleszenz der individuellen Willenshandlung nur dann eintreten könne, wenn die frühere Prohibition den Inhalt der Handlung absolut ausgeschlossen hatte, nicht aber, wenn sie blos das Formelle der Handlung betroffen und dem Individuum somit die Möglichkeit offen gelassen hatte, mit Beobachtung der von dem Gesetz geforderten Formen dem Inhalte seines Willens rechtliches Dasein zu geben. Der begriffliche Grund dieser Unterscheidung war der, daß, wenn das Individuum diese Möglichkeit gehabt und freiwillig nicht benutzt hatte, es überhaupt nicht so angesehen werden könne, als habe es bei der Handlung seinen Willen in bindender Weise (den civilen Willen), sondern nur seinen naturalen, stets ad nutum revocabeln Willen verpflichten wollen. Sonst würde es die vom Gesetz zur Constituirung eines civilen zwingenden Willens vorgeschriebenen Formen ergriffen haben.

Aber gerade aus diesem, aus dem Wesen der individuellen Willensfreiheit selbst herfließenden begrifflichen Grunde ergibt sich, daß dies eben nur da gilt, wo die Nichtbeobachtung der vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeit das Nichtdasein eines bindenden civilen Willens überhaupt zur Folge hat, nicht aber da, wo nach der gesetzlichen Anschauung, trotz der Nichterfüllung der vorgeschriebenen Form, dennoch ein civiler Wille vorhanden war und die vom Gesetz prohibirte, oder resp. in zwingender Weise verlangte Form nur eine Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeit darstellt. Mit andern Worten: wir langen hier wieder bei dem schon oben S. 117 fg. geführten Nachweis an, eine Entwickelung, auf welche hier, um das soeben Gesagte und das Nachfolgende richtig zu verstehen, ausdrücklich zurückverwiesen werden muß.

Das Resultat jener Entwickelung bestand eben darin, daß nur deshalb und nur da das neue, frühere Förmlichkeiten beseitigende Gesetz nicht zur Anwendung kommen dürfe, wo durch seine Anwendung eine

[1] L. 51 C. de episcopis etc. (1, 3).

vom blos naturalen Willen gesetzte Verbindlichkeit in eine Verpflichtung des civilen Willens verwandelt würde; eine Umwandlung, welche, weil sie das vom Individuum durch die Vermeidung der vorgeschriebenen positiven Form der Veränderlichkeit seines natürlichen Willens Vorbehaltene in einen Rechtszwang verkehrt, eine wahrhafte Rückwirkung in sich schließen würde.

Wo dagegen, trotz der nicht beobachteten Förmlichkeit, dennoch von Anfang an ein civiler, mit Rechtszwang bekleideter Wille in der Handlung vorliegt und die vorgeschriebene Form also nur die Natur hatte, eine Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeit zu bilden, da tritt, wie wir schon dort gesehen haben, durch den Fortfall der prohibitiven oder zwingenden Formvorschrift und die Anwendung des neuen erleichternden Gesetzes keine solche Umwandlung und Denaturirung des individuellen Willens ein, da dieser ja von vornherein eine Zwangsverpflichtung begründete, sondern gerade nur eine Aufrechthaltung des individuellen Willens und ein Gelten desselben innerhalb des ihm gebührenden Umfangs. Dieser ihm gebührende Umfang ist aber kein anderer, als der gesammte Umfang des Rechts, soweit nicht Prohibitivvorschriften entgegenstehen.

Fallen solche bisherige prohibitive Hindernisse fort, so dehnt sich die Wirksamkeit des in der an sich gültigen, in einer formell gültigen Handlung vorhandenen civilen Willens bis zu diesem seinen ganzen natürlichen Umfange aus.

Wir sehen also hier nun auch von dieser Seite in geschlossener Theorie bestätigt, was wir S. 117—128 von einem andern Ausgangspunkt aus entwickelt und nachgewiesen haben.

Zugleich haben wir dort gesehen, wie ein sicheres Unterscheidungszeichen, ob die Erfüllung des eine Formalität prohibirenden oder in zwingender Weise vorschreibenden Gesetzes zur Constituirung eines civilen Willens erforderlich war, oder nur zu den Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeiten gehört, mit Leichtigkeit darin zu finden ist, ob die ohne die Beobachtung der betreffenden Förmlichkeit vorgenommene Handlung bei gerichtlichem oder eidlichem Eingeständniß derselben Rechtsschutz genießen würde oder nicht.

Ist also z. B. die gesetzlich erforderliche Tradition bei einem Verkaufe unterlassen worden, oder sind bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Förmlichkeiten, z. B. bei der Eheschließung Erklärung vor dem Civilstandsbeamten, versäumt worden, so liegt überhaupt kein civiler Wille zur Entäußerung, resp. zur Eheschließung vor. Denn hier kann die Thatsache des Verkaufs sogar durch schriftlichen Vertrag nachgewiesen, die Eheschließung in jeder andern Form kann in jeder beliebigen Weise eingestanden oder bescheinigt sein — ohne die dazutretende Förmlichkeit der

Tradition und resp. der Erklärung vor dem Civilstandsbeamten ist keine gültige Entäußerung, keine gültige Eheschließung eingetreten. Es ist also in diesem Falle wegen Unterlassung der zur Darlegung eines bindenden Willens für diese Handlungen vorgeschriebenen positiven Form gar kein civiler Wille zur Entäußerung oder zur Eheschließung ins Leben getreten.

Hier kann daher ein die Erforderlichkeit dieser Formen aufhebendes Gesetz auf die früher vorgenommenen Handlungen nicht zur Anwendung kommen.

Ist dagegen z. B. ein Darlehen ohne schriftliche Urkunde unter einem den Zeugenbeweis in diesem Falle ausschließenden Gesetz geschlossen worden, so muß das denselben zulassende Gesetz zur Zeit des Streites zur Anwendung kommen, da hier auch unter dem alten Gesetz das Eingeständniß des Darlehns durch den Schuldner den Zwang zur Wiederzahlung für denselben zur Folge gehabt hätte, hier also auch damals ein civiler Wille in dem mündlichen Darlehnscontract vorlag.

Soweit bildet das hier Gesagte nur eine Recapitulation des oben näher Entwickelten, wenn wir hier auch die Richtigkeit desselben noch tiefer durch das Wesen der prohibitiven und zwingenden Gesetze und ihr begriffliches Verhältniß zur individuellen Willensfreiheit bestätigt gefunden haben.

Nunmehr ist es aber am Ort, eine weitere Folgerung zu ziehen.

Wenn nämlich bei dem Fortfall eines Förmlichkeiten prohibirenden oder in zwingender Weise vorschreibenden Gesetzes die Anwendung des neuen, diese Formen beseitigenden Gesetzes auf frühere Handlungen nur deshalb und nur insoweit eine Rückwirkung darstellen würde, als dadurch ein früher blos naturaler, d. h. stets ad nutum revocabler Wille in einen mit Rechtszwang bekleideten civilen verwandelt würde, so ergibt sich hieraus mit Nothwendigkeit die nachstehende Folgerung. Die Folgerung nämlich, daß auf solche Acte, welche, wie die Testamente, wenn sie auch alle von positiven Gesetzen vorgeschriebene Formen erfüllen, dennoch durch ihre rechtliche Natur selbst stets für den Handelnden ad nutum revocabel bleiben, immer das neue, früher erforderliche Förmlichkeiten beseitigende Gesetz zur Zeit des Todes Anwendung finden muß.

Die begriffliche Nothwendigkeit dieser Folgerung ist in unserm Zusammenhange einleuchtend. Sie liegt bereits mit Evidenz in dem vorigen Satze selbst. Da nämlich Testamente auch bei Erfüllung aller Formalitäten stets widerruflich sind, und diese Acte somit niemals eine bindende Verpflichtung für den Testator darstellen, können die von einem Gesetz für Testamente verlangten positiven Formalitäten auch niemals die Bedeutung haben, zur Constituirung eines bindenden Willens vorgeschrieben zu sein, sondern immer nur die Bedeutung, als Beweis für das Da-

sein eines ernstlichen Willens überhaupt vom Gesetz verlangt zu werden.[1] Als solche bloße Beweis- und Beglaubigungsförmlichkeiten findet somit nach dem Vorigen nothwendig ein erleichterndes Gesetz zur Zeit des Todes auf sie Anwendung. Bis zum Tode des Testators bleibt der Wille desselben ein stets abzuändernder, blos naturaler. Erst mit dem Tode desselben wird er mit civilem Rechtszwang bekleidet. Ob nun aber ein naturaler Wille deutlich, unzweifelhaft und ernsthaft genug an den Tag gelegt sei, um mit Rechtszwang bekleidet werden zu können, ist eine Frage, die, um verneint zu werden, diese Verneinung schlechterdings aus demjenigen Gesetz empfangen muß, welches in dem Augenblicke existirt, wo der naturale Wille diese Eigenschaft des Rechtszwanges erlangen soll. Wenn der naturale Wille nur in dem Moment, wo diese Verbindung vor sich gehen soll, nach dem dermaligen Gesetz ernstlich und unzweifelhaft genug ist, um sie beanspruchen zu können, so ist natürlich nichts gleichgültiger, als was frühere Gesetzgeber und Gesetze früherer Zeiten darüber gedacht haben.

Es ergibt sich hieraus also für Testamente eine doppelte Regel. Ist das Testament in Bezug auf seine Formalitäten dem Gesetze zur Zeit seiner Anfertigung entsprechend, so ist und bleibt das Testament gültig, wenn auch das Gesetz zur Zeit des Todes größere Förmlichkeiten verlangt. Es bleibt gültig, weil es eine individuelle Handlung darstellt, deren Vernichtung durch ein späteres Gesetz als das zur Zeit der Handlung geltende eine Rückwirkung desselben darstellen würde. Zwar haben wir (§. 6) gesehen, daß der Gesetzgeber in der That dem Individuum im Interesse größerer Zweckmäßigkeit die Aufrechterhaltung und Bestätigung seines Willens in der von ihm vorgeschriebenen Form, also die Wiederholung der individuellen Handlung — vorausgesetzt, daß diese Wiederholung nur vom freien Willen des Einzelnen abhängt — aufgeben kann, ohne eine Rückwirkung zu begehen. Aber wir sahen auch daselbst, daß dies Recht nur aus dem Rechte des Staats fließt, positive Lasten aufzuerlegen, und daß daher, wenn diese Verfügung nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber getroffen worden ist, der Richter sie nicht ergänzen kann.

Wenn aber zweitens das Testament zur Zeit seiner Errichtung wegen eines Verstoßes gegen ein bestimmte Formen prohibirendes oder zwingend vorschreibendes Gesetz ungültig gewesen ist, jedoch zur Zeit des Todes infolge eines Gesetzwechsels den von dem neuen erleichternden Gesetz geforderten Formalitäten entspricht, so convalescirt vermöge der ent-

[1] Auch in Rom verhält es sich so mindestens mit dem prätorischen Testament; wie es sich daselbst mit dem alt-civilistischen verhält, wird erst im zweiten Bande klar werden.

wickelten begrifflichen Nothwendigkeit das Testament und ist gleichfalls gültig.

In dem Vorstehenden haben wir nun die innere theoretische Nothwendigkeit entdeckt, vermöge welcher so häufig die Gesetzgebungen verfügt haben, daß Testamente in formeller Hinsicht gültig sein sollten, wenn sie, obwol nach den gesetzlichen Formalitäten zur Zeit ihrer Errichtung ungültig, nur denjenigen Förmlichkeiten entsprechen, welche das spätere Gesetz zur Zeit des Todes verlangt.

So rechtfertigt sich uns hier auch in Bezug auf die Testamente der mit solchem Unrecht so vielfach angegriffene, und nur, wie oben (S. 127 fg.) gezeigt worden ist, wegen zu weiter und ungenauer Ausdrucksweise zu tadelnde §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht, welcher verfügt:

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeiten nach den ältern Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neuern Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits[1] dabei angetroffen werden."

In der That hatte Suarez hierbei besonders gerade die Testamente vor Augen. Denn bei der revisio monitorum bemerkte er gegen den allgemeinen Grundsatz von der Nichtrückwirkung der Gesetze[2]: zwei Fälle gebe es aber doch, wo ein neues Gesetz ad casus praeteritos gezogen werden könne, nämlich:

a) wenn es die vorhin auf eine Handlung gesetzte Strafe mildert oder aufhebt, z. B. das Deserteuredict;
b) wenn es die Form, woran vorhin die Gültigkeit einer Handlung gebunden war, simplificirt oder abkürzt, z. B. die Solennitäten der Testamente.[3]

---

[1] In Bezug auf Testamente kann natürlich auch nach der Absicht des Allg. Landrechts nur von den Gesetzen zur Zeit des Todes, nicht zur Zeit eines etwaigen spätern Streites, die Rede sein; denn durch die Ungültigkeit des Testaments nach den Formgesetzen zur Zeit des Todes wäre der Nachlaß bereits den Intestaterben anerfallen, denen er selbstredend durch ein späteres Gesetz über Testamentsförmlichkeiten nicht wieder entzogen wird.

[2] Siehe Bornemann, a. a. O., S. 18.

[3] Das Resultat, das sich aus unsern Untersuchungen für den §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht ergibt, ist also, daß er durchaus theoretisch richtig ist in Bezug auf die Testamente insbesondere und in Bezug auf alle bloßen Beweis- und Beglaubigungsförmlichkeiten im allgemeinen (s. oben S. 127 fg.), und daß er nur dann falsch ist, wenn die vom ältern Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten zur Constituirung eines bindenden civilen Willens unerlaßlich waren. Wenn letzteres wegen der steten Widerruflichkeit des Testaments niemals die Bedeutung der für dasselbe vorgeschriebenen Formen sein kann, so wird es dagegen meistens die Bedeutung der für unwiderrufliche Acte vorgeschriebenen sein. Bei diesen wer-

Savigny findet gerade auch in Bezug auf Testamente den §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht höchst verwerflich (System, VIII, 409—412), und seine Ansicht hierüber ist die allgemeine der Autoren.

Allein diese Ansicht beruht nur darauf, daß gar nicht in die Tiefe der Sache hinabgestiegen, sondern bei ganz äußerlichen Gründen und Betrachtungen stehen geblieben worden ist. Nach der gegebenen begrifflichen Entwickelung verschwinden dieselben von selbst.

Savigny's eigentlicher Gegengrund reducirt sich darauf, daß der „wahre Vortheil des Testators, nämlich die Aufrechthaltung des wahren, ernsten, besonnenen Willens" durch die „dem juristischen Grundsatz widersprechende" Bekräftigung eines bis dahin unwirksamen Testaments nicht befördert werde. Allein dies ist zunächst eine Betrachtung, welche die eigentliche Rechtssphäre — das, was aus der Rechtsidee mit Nothwendigkeit folgt — verläßt und auf das Gebiet der Zweckmäßigkeitsgründe hinabsteigt; die Behauptung, daß diese Confirmirung eine „dem juristischen

---

den die vom Gesetz verlangten positiven Formen meistens die Bedeutung haben, daß ohne sie ein civiler bindender Wille überhaupt nicht ins Leben getreten ist. Die hauptsächlichsten unwiderruflichen Acte sind wieder die zweiseitigen Verträge. Und so erklären sich nun von hier aus und erlangen jetzt erst ihre wahrhafte theoretische Rechtfertigung und Begründung die Entscheidungen des königl. Obertribunals, daß der §. 17 der Einleitung, trotz der Allgemeinheit seiner Fassung, auf zweiseitige Verträge nicht zu beziehen sei, weil der bei dem Mangel einer wesentlichen Förmlichkeit fehlende bindende Consens durch ein diese Förmlichkeiten beseitigendes späteres Gesetz nicht ergänzt werden könne (vgl. Rechtsfälle, IV, 186; Entscheidungen, XVII, 242; Präjud. 2097 in Entscheid. XVII, 509, und Archiv für Rechtsf., I, 21). Wie aber diese Entscheidung erst hier durch die von uns geltend gemachte Unterscheidung des civilen und naturalen Willens und die gesammte, darauf basirte weitere Entwickelung den Nachweis des ihr zu Grunde liegenden richtigen begrifflichen Moments erlangt, so hat sich uns dadurch zugleich auch schon die theoretische Mangelhaftigkeit dieser Entscheidungen ergeben. Diese liegt nämlich einerseits darin, daß sie nicht die bloßen Beweisförmlichkeiten auch bei zweiseitigen Verträgen von sich ausnehmen, sich also nicht auf die Förmlichkeiten beschränken, welche zur Darlegung eines civilen Willens erforderlich sind; andererseits wieder darin, daß sie, soweit es sich eben von solchen Formen handelt, welche das Gesetz zur positiven Bedingung für die Anerkennung eines bindenden civilen Willens überhaupt gemacht hat, nicht umgekehrt auch die einseitigen Acte unwiderruflicher Natur in sich einschließt. So kann z. B. auch ein Verzicht, welcher nach den vom Gesetz zur Zeit seiner Errichtung verlangten Formen nichtig ist, nicht dadurch gültig und nun mit Wirksamkeit acceptirt werden, daß er den Formvorschriften eines spätern Gesetzes entspricht. Denn immer würde dadurch dem Individuum ein unverbindlicher, stets seiner natürlichen Freiheit anheimgegebener Wille in einen verbindlichen, mit Rechtszwang bekleideten, ohne individuelle Willensaction und durch die bloße Action des spätern Gesetzes, gewaltsam umgewandelt werden, was, wie wir früher gesehen haben, eine flagrante Rückwirkung darstellen würde.

Grundsatz widersprechende" sei, ist eine reine petitio principii. Der ganz äußerlich aufgefaßten und festgehaltenen Formel (tempus regit actum) widerspricht diese Confirmirung allerdings — und es stößt Savigny eben hierbei zu, Formel und Grundsatz miteinander zu verwechseln —, aber was den „juristischen Grundsatz" anbetrifft, so haben wir gerade gezeigt, wie vermöge der immanenten Nothwendigkeit der logischen Rechtsidee selbst die Wirksamkeit eines solchen Testaments gesetzt ist. Die juristisch grundsätzliche Nothwendigkeit wäre also nicht in Abrede zu stellen, wenn die Sache selbst als eine äußerlich unzweckmäßige zugegeben werden müßte. Allein auch in Bezug hierauf stößt Savigny dabei eine petitio principii zu. Wenn er behauptet, daß im Interesse des wahren Vortheils des Testators, zur Aufrechthaltung des wahren, ernsten, besonnenen Willens, die schwerern, z. B. gerichtlichen Formalitäten erforderlich oder mindestens dienlicher seien, so ist dies eine Behauptung, die er vom Standpunkt des aufgehobenen ältern Gesetzes, oder von seinem subjectiven Standpunkt herab ausspricht. Savigny übersieht, daß er sich bei der Beurtheilung dieser Frage lediglich auf den Standpunkt des neuen, in Kraft befindlichen Gesetzes stellen muß.

Nach der Anschauung des neuen Gesetzgebers, nach dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein also, sind auch in Bezug auf Zweckmäßigkeit nur die leichtern, geringern Formen erforderlich, um das Dasein eines wahren, ernsten, besonnenen Willens zu manifestiren. Wie sollte also der Gesetzgeber zu dem Widerspruch kommen können, das, was ihm als hinreichend ernste Willensmanifestation bei der gesammten Generation für die Zukunft erscheint, als nicht hinreichende in Bezug auf die schon bestehenden Willenserklärungen dieser Art anzusehen, da ja doch durch das Erscheinen des neuen Gesetzes dieselben durchaus nicht irrevocabel und ohne Einwilligung des Testators mit Rechtszwang bekleidet werden? Alle Testamentserrichtung kann ja, wie Savigny anderwärts selbst anerkennt, weil Testamente usque ad extremum spiritum vitae widerruflich bleiben, nur als die factische Vorbereitung eines Actes betrachtet werden, der seine juristische Vollziehung erst mit dem letzten Lebenshauche erhält. In Bezug auf die zur formellen Gültigkeit vorgeschriebenen Formalitäten muß es somit auch von diesem Gesichtspunkt aus hinreichen, wenn nur jenen Formen genügt ist, die zur Zeit dieser juristischen Vollziehung erforderlich waren, gerade so wie es auch bei einem notariellen Kaufacte oder einem andern zweiseitigen Vertrage nicht darauf ankäme, ob die zur Zeit des Entwurfs des Actes, sondern nur ob, bei inzwischen eingetretenem Gesetzwechsel, die zur Zeit der Vollziehung des Actes vom Gesetz geforderten Formalitäten erfüllt werden.

Savigny unterstellt, diese nachträglich eintretende Gültigkeit habe in einer beabsichtigten „Milde und Schonung" ihren Grund.

Wie vollständig hierbei der wahre theoretische Zusammenhang der Sache verkannt wird und wie wir in unserer Entwickelung nur wahrhaft das zum begrifflichen Selbstbewußtsein gebracht haben, was innerlich der Bestimmung des Allg. Landrechts zu Grunde liegt, zeigt sich am besten durch Art. 10 des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794 zum Allg. Landrecht. Derselbe lautet:

„Da auch die Fälle sich häufig ereignen dürften, wo die Handlung oder Begebenheit, aus welcher streitige Rechte unter den Parteien entspringen, zwar schon vor der Publication des Landrechts sich ereignet haben, die rechtlichen Folgen derselben aber erst nachher eintreten, so finden wir nöthig, wegen solcher Fälle nachstehende nähere Bestimmung festzusetzen:

„Es soll nämlich in dergleichen Fällen jederzeit darauf Rücksicht genommen werden: ob es noch in der Gewalt desjenigen, von dessen Rechten oder Pflichten die Rede ist, gestanden und blos von seinem freien Entschlusse abgehangen, die rechtlichen Folgen der frühern Handlung oder Begebenheit, durch Willenserklärungen oder sonst, zu bestimmen und auf andere Art, als in dem neuen Landrecht geschehen ist, festzusetzen, oder ob eine solche abändernde Bestimmung in der Gewalt und einseitigen Entschließung desjenigen, den die Handlung oder Begebenheit angehe, nicht mehr gestanden habe?

„Im letztern Falle sollen die auch später eintretenden rechtlichen Folgen dennoch nur nach den ältern Gesetzen, welche zur Zeit der vorgefallenen Handlung oder Begebenheit gültig gewesen sind, beurtheilt werden.

„Im erstern Falle hingegen soll, wenn auch die Handlung oder Begebenheit älter, aber keine solche abändernde Bestimmung vorhanden wäre, bei Beurtheilung der erst nach dem 1. Jan. 1794 eintretenden rechtlichen Folgen, dennoch nur die Vorschrift des gegenwärtigen neuen Landrechts Anwendung finden."

Es bedurfte jetzt nur der Hersetzung dieses Artikels, um zu zeigen, wie die Unterscheidung desselben zwischen unwiderruflichen und beliebig abzuändernden Acten innerlich auf nichts anderm beruht, als auf der oben angegebenen Unterscheidung zwischen dem naturalen und dem bindenden civilen Willen und der daraus abgeleiteten Entwickelung. Es ist jetzt von selbst evident, wie die Verfügung des §. 17 der Einleitung, soweit sie die Testamente im Auge hat, nichts anderes ist als eine consequente und nothwendige Folgerung des dem Art. 10 des Publicationspatents zu Grunde liegenden Gedankens.

Auch der badische Gesetzgeber ging von derselben Ansicht, wie das

Allg. Landrecht, aus. Es heißt in dem Publicationspatent, welches im Jahre 1809 bei der Einführung des Code Napoléon als Landesgesetz für das Großherzogthum Baden erlassen wurde, §. 11, Nr. 3:

> „— — Hiernächst sollen auch jene Testamente, die vorhin, es sei kurz oder schon länger her, errichtet worden sind, und nach dem gedachten 1. Juli durch den Tod des Erblassers zur Wirksamkeit kommen, für kräftig erachtet werden, nicht nur wenn sie den altgesetzlichen Formen gemäß sind, sondern auch alsdann, wenn sie nach solchen zwar einen Mangel hätten, der aber nach diesem Landrecht aufhört, ein Mangel zu sein, da der Gesetzgeber wie der Richter mit Recht voraussetzt, daß der Erblasser gewollt habe, daß sein Wille in jeder Form, in der es gesetzlich möglich, erhalten werde."

In den Worten: „wie der Richter", ist sehr richtig anerkannt, daß es durchaus keiner besondern gesetzgeberischen Verfügung für diesen Zweck bedarf, sondern sie auch ohne solche der Richter selbst aus der reinen Rechtsidee abzuleiten hatte.

Ebenso stimmt im Princip die hannoversche transitorische Verordnung vom 23. Aug. 1814 (Allg. Vorschrift Nr. IV) mit dem §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht überein.[1]

Wie Savigny und die deutschen Autoren überhaupt, so sind auch die französischen Schriftsteller der Ansicht, daß das spätere Gesetz nicht ein zur Zeit der Errichtung formell ungültiges Testament validiren könne. Nur Meyer[2] vertritt die entgegengesetzte Ansicht, will sie aber irrthüm-

---

[1] In der hannoverischen Verordnung heißt es daselbst: „Die während der Unterbrechungszeit mit Anwendung der in den fremden Rechten vorgeschriebenen Solennitäten vollzogenen Geschäfte und Verträge bestehen der Form nach auch ferner, und soll selbst, so oft der Wille und der gute Glaube der Interessenten außer Zweifel sind, die bloße Versäumung einer nach den fremden Gesetzen erforderlichen, nach Unsern Gesetzen jedoch überflüssigen und unwesentlichen Förmlichkeit der Gültigkeit des Geschäfts dann nicht entgegenstehen, wenn die durch Unsere Gesetze etwa vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind." Diese Verfügung sucht also gerade das, woran, wie wir nachgewiesen haben, der §. 17 der Einleit. zum Allg. Landrecht krankt, durch eine factische Beweisfrage zu beseitigen, was als ein nicht zu billigender Versuch bezeichnet werden muß. Gerade die Testamente anlangend, fährt sie a. a. O. fort: „Ueber die Form der hier ausgenommenen, während der Unterbrechungszeit errichteten Testamente werden besondere Verfügungen folgen." Allein es muß hierbei bemerkt werden, daß, da hier jetzt das gemeine Recht an die Stelle des französischen trat, ein in Bezug auf die Testamentssolennitäten schwierigeres Recht auf ein geringere Förmlichkeiten verlangendes Gesetz folgte und insofern also die eben in Rede stehende Frage hier nicht zur Anwendung kam.

[2] Principes sur les questions transitoires, p. 179 sq.

lich durch die römisch-rechtlichen Bestimmungen über das testamentum militare begründen, sodaß der Widerlegung, die ihm Merlin[1] zutheil werden läßt, nur beigepflichtet werden kann.

Wenn aber Merlin, von der Widerlegung Meyer's und seines Misverständnisses abgesehen, daselbst ausrufen zu können glaubt: „On ne peut donc pas plus argumenter de la nouvelle loi pour le valider (le testament) que pour l'annuler", so läßt er dabei die eigene Gesetzgebungsgeschichte seines Landes unbeachtet, die ihn sehr wohl zu einer richtigern Ansicht hätte anleiten können. In der That, unter jener instinctiven Operation des Begriffs, welcher wir so fortlaufend begegnen und die man in der Regel als praktisches Rechtsgefühl zu bezeichnen pflegt, hat auch die französische Gesetzgebungsgeschichte keinen Mangel an Gesetzen, welche sich die Befugniß zuschrieben, die zur Zeit ihrer Anfertigung aus formellen Gründen ungültigen Testamente nachträglich zu validiren. Die Ordonnanz von 1735 hatte alle letztwilligen Verfügungen für nichtig erklärt, welche nicht von den öffentlichen Beamten selbst, vor denen sie aufgenommen wurden, niedergeschrieben würden, und in denen nicht ausdrücklich erwähnt würde, daß sie den Testatoren vorgelesen worden seien.

Nichtsdestoweniger confirmirte eine Declaration vom 24. März 1745 alle Testamente, welche die Notare des Parlamentsbezirks von Aix von ihren Schreibern hatten niederschreiben lassen. Eine andere Declaration vom 26. Jan. 1751 verordnete dasselbe für den Bezirk des Parlaments von Bordeaux. Durch eine dritte Declaration vom 6. März desselben Jahres wurde dies auf alle Länder des droit écrit ausgedehnt. Durch eine Verfügung vom 24. März 1754 validirte Ludwig XV. alle von den Pastoren im Bezirk von Roussillon aufgenommene Testamente, in welchen der ausdrückliche Vorlesungsvermerk fehlte. Und endlich untersagte die Assemblée constituante durch Decret vom 8. Sept. 1791 die Anfechtung der früher von den Notaren in den Provinzen Vivarais, Lyonnais, Forez und Beaujolais aufgenommenen Testamente, in welchen die Notare blos den Mangel der Unterschrift der Testirenden constatirt hatten, ohne, wie erforderlich gewesen war, ausdrücklich zu bemerken, daß dieselben selbst erklärt hatten, nicht unterzeichnen zu können.[2]

---

[1] Répert. de Jurispr. v° Effet rétr., V, 589.

[2] Dies Decret verfährt auch nach der von uns in Bezug auf den Unterschied der hängigen Klage und der res judicata in §. 9 entwickelten Theorie, indem es mit Recht, da es ein zwingendes Gesetz darstellt, auch die Abweisung der bereits hängigen Nichtigkeitsklagen verordnet, dagegen die noch nicht exequirten, aber bereits rechtskräftigen Urtheile unangetastet läßt. Es heißt in dem Gesetz ausdrücklich: „... valide à cet effet lesdits testaments et autres actes de dernière vo-

§. 12. Absolute Pflicht der sofortigen Einwirkung neuer Gesetze. Die Rechtsidee. Strafrecht. Res judicata in Strafsachen.

Endlich bedarf es noch der Heraushebung eines letzten Moments, welches schon allem Bisherigen stillschweigend zu Grunde lag und eben nur in seiner begrifflichen Gedankennatur bestimmt aufgezeigt und hervorgehoben werden muß.

Die Wirkung des in Rede stehenden Moments ist diese: daß jedes neue Gesetz, insofern es einem Individuum zugute kommt und nicht wahrhaft erworbene Rechte[1] eines andern Individuums verletzt, sofort zur unbedingtesten Anwendung kommen muß. Da, wo die Lage der Individuen durch das neue Gesetz nur verbessert wird und individuelle erworbene Rechte nicht beeinträchtigt werden, läßt sich von Rückwirkung gar nicht reden. Die rechtliche Natur dieses Moments ist von den Römern wiederholt anerkannt worden, z. B. in dem Rescript der Kaiser Theodosius und Valentinianus[2]: „Rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari praecipimus, nisi forte aliquid est, *quod non laedat alium et prosit petenti*, vel crimen supplicantibus indulgeat." Noch viel gründlicher und umfassender aber wird dieser Grundsatz in den Pandekten ausgesprochen in folgender Form: „Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem *meliorem quidem*, etiam *ignorantis et inviti nos facere posse*, deteriorem *non* posse."[3]

Fragt man aber nach dem innersten begrifflichen Grunde dieses Moments, so ist es kein anderer als folgender: Kein Individuum hat ein Recht darauf, daß irgendetwas bereits den Inhalt des allgemeinen Geistes bilde, Gesetz sei. Aber jedes Individuum hat das erworbenste Recht darauf, daß das, was einmal den anerkannten Inhalt des all-

---

lonté en ce qui concerne ladite omission; *défend aux tribunaux* d'avoir *égard aux demandes déjà formées* ou qui pourraient l'être par suite, afin d'en prononcer la nullité *sans préjudice néanmoins de l'exécution des jugemens rendus en dernier ressort ou passés en force de chose jugée* avant la publication du présent décret."

[1] Wir drücken uns hier der Kürze halber so aus, verweisen aber ausdrücklich darauf, daß die in §. 7 besprochenen, neuen absoluten Gesetzen entgegenstehenden Rechte, weil sie von Anfang an nur auf die Zeit bis zum Eintreten der prohibitiven Gestaltung des Rechtsbewußtseins erworben wurden und werden konnten, von jetzt ab aufhören, erworbene Rechte darzustellen, wie dort nachgewiesen worden ist.

[2] L. 7 C. de prec. Imper. (1, 19).

[3] Gajus, L. 39 de neg. gest. (3, 5).

gemeinen Geiſtes bildet, auch für es, dieſes Individuum, da und vorhanden ſei. Es iſt dies eine Forderung, welche nichts Geringeres als den formellen Begriff des allgemeinen Geiſtes ſelbſt bildet: für alle Einzelnen dazuſein. Es iſt dieſes Moment des Begriffs, auf welchem das obligatoriſche Weſen des Geſetzes überhaupt, der zwingende Trieb deſſelben, Wirklichkeit zu haben, und ebenſo das im Weſen des Geſetzes liegende Moment der Gleichheit für Alle, ſomit der Begriff des Geſetzes überhaupt beruht.[1]

Die Wirkung dieſes Begriffsmoments hat keine andere Grenze, als diejenige der durch individuelle Willensactionen erworbenen Rechte anderer Individuen, wie dies ſchon aus dem im §. 1 Geſagten erhellt. Es kommt nämlich hier nur zu ſeiner ſyſtematiſchen Anerkennung und Conſequenz, was daſelbſt bereits aufgezeigt worden iſt, daß aus dem Weſen des Geſetzes als dem für obligatoriſch erklärten allgemeinen Vernunftinhalt die Pflicht des unbedingten ſofortigen Platzgreifens des Geſetzes folge, und dieſer durchdringende Zug nur die aus ſeinem eigenen Begriffe hervorfließende Schranke habe: menſchliche individuelle Willenshandlungen nicht denaturiren zu dürfen.

Wo alſo nicht auf ſolche individuelle Willenshandlungen, d. i. erworbene Rechte, geſtoßen wird, reſp. ſolche vom Individuum nicht geltend gemacht werden, weil ſeine Lage durch das neue Geſetz gebeſſert wird, da muß der neue Vernunftgehalt des allgemeinen Geiſtes ſein Daſein für alle Einzelnen bewähren, alſo ſofort zur Anwendung kommen. Daß das neue Geſetz die Lage der Individuen beſſernd abändert, iſt gerade möglichſte Aufgabe jedes Geſetzes und keine Rückwirkung deſſelben.

Zugleich nannten wir dieſe begriffliche Forderung, daß, was einmal bereits den gegenwärtigen Inhalt des allgemeinen Geiſtes bildet, auch für jeden Einzelnen daſei, ein erworbenes Recht des Individuums.

---

[1] Dies iſt auch nach uns zum Unterſchiede von den bisherigen Auffaſſungen (z. B. Böcking, Einleitung in die Pandekten u. ſ. w., §. 1, Note 2; Savigny, I, 407 fg.) die wirkliche ſpeculative Bedeutung der Definition des Ulpian (L. 10 de justitia et jure, 1, 1): „*Justitia* est constans et perpetua voluntas *jus suum cuique tribuendi*", und §. 1: „*Juris* praecepta sunt (haec: honeste vivere, alium non laedere) *suum cuique tribuere.*" Das Moment, für alle Einzelnen dazuſein — die Auflöſung der Subſtanz in das Fürſichſein der Individuen — liegt ſchon in der Rechtsſubſtanz ſelbſt, und bildet daher den gemeinſchaftlichen Begriff von *jus* und *justitia.* Auf der eben entwickelten Natur dieſes Begriffsmoments, die aber von ihm nicht theoretiſch bewältigt und deshalb zu ſchiefen Folgerungen getrieben worden iſt, beruht auch die Struve'ſche Anſicht, daß der Geſetzgeber über die zeitliche Anwendung der Geſetze zu verfügen überhaupt incompetent ſei.

Sie muß aber in der That das erworbenste von allen Rechten genannt werden.

Im Staat ist ein jeder Einzelne durch sein gesammtes Leben, Denken und Wirken Mitproducent des allgemeinen Geistes, oder muß doch als solcher angesehen werden. Hat er als Einzelner kein Recht darauf, daß ein Vernunftgehalt bereits den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes ausmache, dessen Werden rein sich selbst gehorcht, so hat er dagegen das peremtorischste Recht, daß alles, was einmal als zum Inhalt des allgemeinen Geistes gehörend bereits anerkannt ist, auch für ihn sei, und ihm, dem Einzelnen, zugute komme. Dies ist das Urrecht des Individuums dem Staate gegenüber. Dies Recht, nach dem behandelt zu werden, was bereits den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, ist nicht durch eine einzelne Handlung, es ist durch das gesammte Handeln und Wirken des Individuums im Staate und für das allgemeine Wesen constituirt und erworben. Es ist das absolute erworbene Recht des Individuums, von welchem auch alle andern bestimmten erworbenen Rechte nur einzelne Ausflüsse bilden.

Wenn man auf diesen allein richtigen philosophischen Rechtsbegriff der Sache zurückgeht, ergibt sich auch, welche absolute Rechtswidrigkeit in der angeblichen „Billigkeit und Schonung" liegt, mit welcher man häufig geglaubt hat, vom gesetzgeberischen Standpunkt aus die Anwendung neuer Gesetze für gewisse Klassen oder Individuen zu Gunsten der bisherigen Ansprüche anderer Klassen oder Individuen zeitweise suspendiren zu müssen oder zu dürfen. So sagt z. B. Savigny[1] über die Fideicommisse (vgl. oben S. 184 fg.): „Sehr schwierig ist die Lösung dieser Aufgabe — (nämlich der, «die höchste Schonung und Billigkeit in die Ausführung des neuen Gesetzes zu legen») — bei der Aufhebung von Fideicommissen, indem hier die Ansprüche und Erwartungen der zur Nachfolge berechtigten einzelnen Personen in hohem Grade ungewiß sind. Eine Verminderung des Nachtheils kann darin gesucht werden, daß die Ausführung etwas verschoben wird."

Und in der That haben häufig bei Fideicommissen wie bei andern ähnlichen Anlässen Gesetzgebungen, z. B. die westfälische und andere (vgl. oben S. 33, Note 1), von diesem vermeintlichen Billigkeitsstandpunkt aus die Ansprüche der nächsten Anwärter berücksichtigend verfügen zu dürfen geglaubt, daß trotz der Aufhebung der fideicommissarischen Substitutionen die durch diese gegebenen Primogenituransprüche der bisherigen Berechtigten des nächsten Grades aufrecht bleiben sollten.[2] — Die gründ-

[1] VIII, 539.

[2] Der positive Nachweis, was bei der Aufhebung von Fideicommissen eintreten muß, um wahrhafte Rückwirkung und widerrechtliche Verletzung der

liche und begriffliche Betrachtung der Sache zeigt, wie wir gesehen haben, daß diese angebliche Billigkeit vielmehr höchste Unbilligkeit und Widerrechtlichkeit ist. Diese Schonung übersieht in ihrer Unklarheit, daß sie um bestehende Ansprüche, die aber von vornherein mit dem Vorbehalt der Aufhebung bei dem Eintreten einer prohibitiven Gestaltung des allgemeinen Bewußtseins erworben wurden (§. 7) und deren Aufhebung daher keine Verletzung erworbener Rechte bildet, zu schonen, das erworbenste aller Rechte verletzt, das Recht der nach dem neuen Gesetze zur Succession u. s. w. Berufenen, daß dasjenige, was bereits den Inhalt des gegenwärtigen allgemeinen Rechtsbewußtseins bildet, auch für sie sei!

Unter der besondern Herrschaft dieses Moments steht, wie aus der Natur der Sache von selbst hervorgeht, das Strafrecht. Es folgt dies aus dem sehr einfachen Grunde, daß im Strafrecht dem Individuum niemals ein anderes Individuum, sondern stets nur die Gesellschaft als solche gegenübersteht. Eine dem Individuum günstige Aufhebung oder Milderung von Strafgesetzen kann also niemals auf erworbene individuelle Rechte stoßen, welche allein die Einwirkung des neuen mildern Gesetzes zu einer Rückwirkung machen würden. Es ergibt sich also hieraus, daß die Anwendung des neuen günstigern Strafgesetzes ebenso wol wenn es eine bestimmte Art von Strafe (z. B. Todes-, Pranger-, Prügelstrafe) ganz aufhebt, als wenn es Handlungen, die bisher mit Strafe bedroht waren, der Pönalität entkleidet, eine absolute Forderung des Begriffs ist, und zwar ganz ebenso sehr in dem Fall, wo nur das Vergehen vor dem neuen Gesetz begangen, als in demjenigen, wo auch der Criminalproceß bereits hängig, als endlich in dem Fall, wo bereits ein rechtskräftiges Strafurtheil vorliegt. Es ist ein kaum begreiflicher Beweis von der erdrückenden und tödtenden Macht der Formel, daß die Hinfälligkeit des rechtskräftigen Strafurtheils, welche mit der gesetzlichen Aufhebung des strafbaren Charakters der dem Urtheil zu Grunde liegenden Handlung[1] nothwendig und als unvermeidliche Consequenz der Rechtsidee selbst eintreten muß, nicht nur von den Juristen

---

bisherigen Berechtigten zu vermeiden, kann, worauf wiederholt verwiesen werden muß, erst bei der Specialbetrachtung dieser Materie, in den Anwendungen sub II, b, gegeben werden.

[1] Oder mit einer derartigen Milderung des Strafmaßes, daß die im Urtheil zuerkannte Strafe das Maximum der von dem neuen Gesetze verhängten überschreitet; denn wo sich die zuerkannte Strafe innerhalb des Maximums des neuen Strafgesetzes hält, ist der Widerspruch zwischen dem Urtheil und dem neuen Gesetz, welcher eben das Urtheil abrogirt, gar nicht eingetreten. Es kann hier vielmehr dieselbe Handlung auch nach dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein mit demselben Strafquantum belegt werden.

mit Stillschweigen übergangen, sondern sogar so häufig ausdrücklich in Abrede gestellt wird. Die Quelle dieses merkwürdigen Irrthums lag natürlich in den geläufigen Vorstellungen von der Unerschütterlichkeit und Autorität der res judicata. Aber diese Vorstellungen, richtig an sich selbst, treiben sich durch diese Anwendung auf Strafurtheile geradezu zum Unfug. Das Civilurtheil begründet, wie wir gesehen haben, erworbene Rechte für Individuen, und diese bleiben, als durch individuelle Handlungen einmal gültig erworben, bestehen, wenn auch ihr Entstehungsgrund fortfällt (§. 3). Aber beim Strafurtheil die res judicata als ein erworbenes Recht der Gesellschaft ansehen zu wollen, muß als absurd bezeichnet werden. Denn dies erworbene Recht würde auf nichts anderes hinauslaufen, als auf ein erworbenes Recht der Gesellschaft, das Individuum gegen ihr gegenwärtiges öffentliches und zwingendes Bewußtsein zu behandeln. Hätte sie ein solches Recht, das als der logische Widerspruch selbst nicht einmal gedacht werden kann, so würde sie doch niemals die geringste Anwendung von demselben machen können, da auch das Interesse der Gesellschaft als solcher lediglich gerade darin besteht, ihren geistigen Inhalt zu realisiren, nicht ihn selbst zu negiren oder als negirt zu erhalten.

Wie wenig übrigens ein solches Recht vorhanden ist und wie sehr es vielmehr das absolute Recht des Individuums ist, das ihm günstige Platzgreifen des zu dem frühern Inhalt des allgemeinen Bewußtseins, aus welchem das Strafurtheil hervorgegangen ist, in Widerspruch stehenden neuen Rechtsbewußtseins des öffentlichen Geistes zu fordern, ist oben aus dem Begriff des Geistes selbst bereits mit Nothwendigkeit erwiesen. Endlich werden überhaupt durch ein Strafurtheil nicht seitens der Gesellschaft „Rechte erworben", weil dies nur durch individuelle Handlungen geschehen kann (§. 1), und solche zwar im Civilproceß, aber nicht in der vindicta publica enthalten sind. Das Strafurtheil stellt vielmehr nur einen Schluß dar, durch welchen der Einzelne wegen einer besondern Handlung unter ein Allgemeines — das Gesetz — subsumirt wird.[1] So wie die Propositio major als falsch nachgewiesen wird — und das neue Gesetz, welches die früher verbotene Handlung nicht mehr verbietet, oder das früher dafür mögliche Strafmaß oder die Strafart abschafft, enthält den authentischen gesetzgeberischen Beweis für diese Falschheit —, so wird der Schluß falsch und cessirt von jetzt ab von selbst. — Es stellt sich hier sehr deutlich der Unterschied der Bedeutung der res judicata in Civil- und in Strafsachen heraus. Das Civilurtheil beruht, wie wir gesehen haben (S. 135

[1] Diese Handlung ist mit dieser Strafe zu belegen. Cato hat diese Handlung begangen. Folglich ist er mit dieser Strafe zu belegen.

und Note 1 daſ.), durchaus nicht auf der Fiction der abſoluten Wahrheit, wie es denn auch nur inter partes Beweis macht, ſondern es ſtellt eine Novation dar, d. h. ein, abgeſehen von ſeinem urſprünglichen rechtlichen Entſtehungsgrund, durch Willenshandlung erworbenes ſelbſtändiges Recht. Das Strafurtheil dagegen, bei welchem eine erwerbende Willenshandlung gar nicht vorhanden iſt, beruht in der That auf dieſer Fiction der abſoluten Wahrheit, wie es denn auch inter omnes Beweis macht.

Aber eben weil das Strafurtheil auf dieſer Fiction beruht, muß, wenn der legale und anerkannte Beweis für die Unwahrheit der Fiction eintritt, wenn infolge einer Entwickelung des allgemeinen Volksbewußtſeins das früher als abſolute Wahrheit Geltende jetzt zur Unwahrheit geworden, auch hier der Satz platzgreifen: Fictio cedit veritati. Das rechtskräftige Strafurtheil kann alſo unmöglich in die Zeit hinein fortwirken[1], in welcher die Strafbarkeit der durch das Urtheil factiſch conſtatirten Handlung durch das Rechtsbewußtſein des allgemeinen Geiſtes und ſomit durch die Rechtsſubſtanz ſelbſt ausgeſchloſſen iſt.

Daß eine Strafe, z. B. die Todesſtrafe, trotz eines rechtskräftigen Urtheils, der Rechtsidee zufolge, nicht mehr vollſtreckt werden kann, wenn ein neues Geſetz dieſe Strafe abgeſchafft und ſomit für unzuläſſig erklärt hat, wird ſchwerlich Widerſpruch finden. Daſſelbe muß aber ſogar in noch ſtärkerm Grade dann gelten, wenn ein neues Geſetz eine früher für ſtrafbar erklärte Handlung für ſtraflos erklärt, oder, was daſſelbe iſt, nur dann für ſtrafbar, wenn ſie beſtimmte, früher nicht erforderliche Requiſite trägt. Denn hier iſt die Aenderung des allgemeinen Rechtsbewußtſeins nicht nur in Bezug auf das Wie? der Beſtrafung eingetre-

[1] Nicht fortwirken! Es ergibt ſich alſo von ſelbſt, daß bereits gezahlte Geldſtrafen wegen Abſchaffung des Strafverbots nicht zurückgefordert werden können. Sie ſind bereits in den Beſitz (§. 9) der juriſtiſchen Perſon des Fiscus übergegangen. Ueberdies kann, weil das Recht nur als hiſtoriſches Recht wirkliches Recht iſt, keine Strafexecution zu einer im juriſtiſchen Sinne widerrechtlichen werden dadurch, daß ſie dem Rechtsbewußtſein einer ſpätern Zeit widerſpricht. Wenn jemand alſo z. B. zu fünf Jahren Gefängniß verurtheilt iſt, und nach dem erſten Jahre ſeiner Haft durch ein neues Geſetz die Strafbarkeit ſeiner Handlung abgeſchafft wird, ſo würde es nach der Strenge der Principien das Verbrechen einer widerrechtlichen und ungeſetzlichen Beraubung der perſönlichen Freiheit darſtellen, den Verurtheilten die weitern vier Jahre in Haft zu halten, da dies eine fortlaufende Execution eines aufgehobenen Geſetzes bilden würde. Aber was das abgelaufene Jahr betrifft, ſo würde, wenn in dieſem Staate die Einrichtung beſtände, daß unſchuldig Verhaftete Entſchädigung erhalten ſollen, der Verurtheilte gleichwol eine ſolche durchaus nicht begehren können, da durch die gegenwärtige Aenderung der Rechtsanſchauung dies nicht geändert wird, daß, weil das Recht nur als hiſtoriſches in die Erſcheinung tritt, die Haft während jenes Jahres eine rechtmäßige war.

ten, sondern sie ist die noch viel substantiellere, das Was des zu Bestrafenden betreffende. Wie unwiderleglich der von uns entwickelte Grundsatz ist, wird jedem handgreiflich fühlbar werden, wenn man den häufig genug eintretenden Fall unterstellt, daß durch die Aenderung des allgemeinen Rechtsbewußtseins die früher verbotene Handlung jetzt sogar als eine *verdienstliche* angeschaut wird. So besteht in mancher Gesetzgebung oder Praxis der Grundsatz, daß gewaltsame Selbsthülfe gegen Beamte, welche mit Ueberschreitung ihrer gesetzlichen Befugniß die persönliche Freiheit des Bürgers beeinträchtigen, z. B. bei illegaler Verhaftung, Haussuchung u. s. w., ein Vergehen sei. Diese Rechtsanschauung aber kann sich ändern und der entgegengesetzten Platz machen, daß in solchem Falle der Widerstand ein unbedingtes Recht, ja sogar eine den allgemeinen Rechtssinn entwickelnde, den Bürgermuth durch Beispiel und Tradition kräftigende, den Beamtenübermuth daniederhaltende und der Herrschaft einer strengen Gesetzlichkeit günstige verdienstliche Handlung sei, wie es in der Geschichte nicht an Beispielen solcher Gesetzgebungen fehlt.[1] Wenn ein solches Gesetz eintritt, so wird es jedem einleuchten, daß die Fortsetzung der Bestrafung der früher Verurtheilten wegen Handlungen, die nach der jetzigen Anschauung des öffentlichen Geistes als pflichtmäßige und patriotische betrachtet werden, unmöglich sein und resp. selbst eine Negation des Volksbewußtseins und seines öffentlichen Rechts, also eine absolute Verletzung des Rechtsbegriffs darstellen würde. Allein dies gilt offenbar nicht blos, wo der Gegensatz *so* schneidend ist, daß die früher verpönte Handlung durch den geistigen Umschwung zu einer pflichtmäßigen geworden ist, sondern überall, wo sie durch Aufhebung des Verbots zu einer *erlaubten* geworden. Denn hiermit ist sie als eine solche gesetzt, welche der Domäne der individuellen Freiheit angehört, deren fortdauernde, von jetzt ab auf keinem Dasein eines Verbotgesetzes beruhende Bestrafung also der Rechtsidee nach ein Vergehen gegen die *persönliche Freiheit* wäre.

---

[1] Es genüge als solches Beispiel die vom französischen Convent erlassene Verfassung vom 23. Juni 1793 anzuführen (die übrigens darin durchaus nicht allein steht). Art. 11 der Erklärung der Menschenrechte: „Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence, *a le droit* de le repousser par la force." — Art. 33: „La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme." — Art. 34: „Il y a oppression contre le corps social, lorsqu'un seul de ses membres est opprimé; il y a oppression contre chaque membre, lorsque le corps social est opprimé." — Art. 35: „Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple, et pour chaque portion, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs."

Es wäre auch sehr irrig zu glauben, daß es die Sache der Amnestien oder Begnadigungen wäre, den Widerspruch der beiden aufeinanderfolgenden Zeitbewußtsein in Bezug auf die rechtskräftigen Urtheile auszugleichen, obgleich hin und wieder die Amnestien zu diesem Zwecke dienen mußten.

Amnestie wie Begnadigung setzt immer voraus, daß die zu amnestirende Handlung auch nach der jetzigen Rechtsanschauung eine strafbare bleibt. Sonst wäre nichts an ihr zu amnestiren (zu vergessen). Die hier entwickelte Folge dagegen besteht darin, daß von Rechtswegen, durch die bloße Kraft der Rechtsidee als solcher, die weitere Bestrafung der nicht mehr mit Strafe belegten Handlung ausgeschlossen ist. Das rechtskräftige Strafurtheil, das auf einem Strafgesetz beruht, welches abgeschafft und durch kein Gesetz gleichen Inhalts ersetzt worden ist, ist als ein solches zu betrachten, welches durch die in dem gesammten Volksbewußtsein, dieser alleinigen Substanz alles Rechts, vorgegangenen höhern Rechtsentfaltung außer Kraft gesetzt oder, außer in Hinsicht auf seine schon vergangene Wirkung, cassirt worden ist.

Das hier Erörterte faßt sich also dahin zusammen, daß der Satz nulla poena sine lege nicht nur die Bedeutung habe, daß eine Strafe nicht ohne Gesetz verhängt werden dürfe, sondern ebenso sehr die, daß auch nach schon begonnener Strafvollstreckung diese ohne das frühere oder ein mit ihm identisches Gesetz nicht fortdauern kann.

Wie bereits bemerkt, Jurisprudenz wie Autoren sind in ihrer bis zum sinnlosen Götzendienst verknöcherten Anbetung der Formel von der res judicata in der Regel taub geblieben gegen diese ipso jure durch ein neues milderes Strafgesetz eintretende Wirkung, die wir als eine absolute Forderung der Rechtsidee nachgewiesen haben, und zwar die französischen Juristen[1] nicht weniger als die deutschen.

Dagegen ist bei den Gesetzgebern hin und wieder sogar eine ausdrückliche Sanction des hier entwickelten Moments nachzuweisen, so wenig auch das Nichtvorhandensein einer solchen in einem Gesetze, bei der aus dem Begriffe des Rechts selbst mit Nothwendigkeit folgenden Natur der Sache, irgend als Gegengrund geltend gemacht werden kann.

So ist unter dem offenbaren Einflusse dieses Moments der §. 18

[1] So z. B. Merlin, Répert. v° Effet rétr., Sect. III, §. 11, No. 2: „La loi qui vient substituer des peines plus douces à celles que des jugemens antérieurs et passés en force de chose jugée, ont infligées à des crimes ou délits de la même nature, réduit-elle de plein droit et sans qu'elle s'en explique formellement, les condamnations prononcées par ces jugemens? *Non;* une fois que la condamnation pénale est prononcée en dernier ressort et passée en force de chose jugée, il n'y a plus qu'un acte exprès et spécial du souverain qui puisse en faire cesser l'effet!"

der Einleitung zum Allg. Landrecht entstanden: „Die Minderung der in einer ältern Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu Statten, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publication des neuern Gesetzes noch nicht vollzogen war."

Hieran ist nur auszusetzen, daß, wurde dies einmal durch besondere gesetzgeberische Bestimmung berührt, die Einwirkung auf die Strafminderung beschränkt ist und nicht auch für den Fall angeordnet wurde, wo die durch das rechtskräftige Urtheil festgestellte Handlung nach dem neuen Gesetz straflos ist.

Jedenfalls aber enthält hierin das preußische Allg. Landrecht eine ahnende Anerkennung des durch die wahre Theorie Gebotenen.

Was soll man hiernach zu dem eingetretenen Fortschritt sagen, wenn es in dem 1851 in Preußen verkündeten allgemeinen Strafgesetzbuch ausdrücklich heißt, in den Allgemeinen Bestimmungen, Art. VII:

„Der §. 18 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht wird hierdurch aufgehoben"

und dem entsprechend in Art. IV daselbst die günstige Einwirkung des neuen Strafgesetzes auf den Fall beschränkt wird, wo die Handlung früher begangen oder noch nicht rechtskräftig abgeurtheilt worden ist?!

Es ist jener tiefe ahnungsvolle Haß gegen alle Intelligenz, welcher die preußische Reactionsperiode seit 1849 kennzeichnet und sich wie ein durchdringender Fluch sogar auf jede solche Einzelheit ausbreitet, wo der Grund und Zusammenhang dieses Hasses nicht einmal zum Bewußtsein kam, welcher die preußische Reaction zwang, die Lichtblicke ihrer eigenen im vorigen Jahrhundert erlassenen Gesetzgebung zu streichen.

In umfassender Weise der nachgewiesenen Forderung der Rechtsidee zu entsprechen, dazu hatte den begrifflichen Instinct und die edle Humanität nur die „blutdürstige" Epoche der Französischen Revolution. Infolge des von der Assemblée constituante am 6. Oct. 1791 erlassenen neuen Code pénal verordnete die Assemblée législative im Gesetz vom 3. Sept. 1792 ausdrücklich (Art. 1—4), daß alle rechtskräftig Verurtheilten, die zu einer härtern Strafe als der durch das neue Strafgesetzbuch über dasselbe Vergehen oder Verbrechen verhängten verurtheilt seien, berechtigt seien, sich an die Tribunale erster Instanz zu wenden, welche ihre Strafe in Gemäßheit der im neuen Code pénal ausgesprochenen reduciren sollten; ferner (Art. 5), daß infolge des vom neuen Code pénal auf 20 Jahre beschränkten Maximums der Freiheitsstrafen überhaupt und der von ihm aufgehobenen Galerenstrafe bei allen früher zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe Verurtheilten die Lebenslänglichkeit derselben sofort fortfallen, die Galerenstrafe aber unter Anrechnung der bereits verbüßten Zeit in die Strafe der réclusion oder gêne in Gemäßheit des neuen Code pénal verwandelt werden solle, sodaß, wenn

die schon verbüßte Zeit der im Code pénal fixirten gleich sei, die Verurtheilten sofort in Freiheit zu setzen seien, und wenn sie geringer sei, sie nur noch den Rest der im Code pénal fixirten verbüßen sollten.[1]

Und hier sieht man wieder recht deutlich hervortreten, was wir in der Einleitung (S. 29 fg.) über die politische Geschichte des Nichtrückwirkungsbegriffs im allgemeinen und über die unter Napoleon eintretende Gedankenerschlaffung gesagt haben.

Trotz des soeben angeführten großartigen Beispiels der Französischen Revolution wird nämlich sofort, als am 25. Frimaire VIII — und man erinnert sich, daß drei Tage vorher, am 22. Frimaire VIII, die Consularverfassung proclamirt wurde — ein neues milderes Gesetz erlassen wird, welches mehrere frühere als crimes qualificirte Eigenthumsvergehen in die Klasse der bloßen Correctionellvergehen versetzte, dasselbe im Art. 19 zwar auch noch auf die bereits ergangenen Urtheile angewendet, aber nur auf solche, gegen die noch ein Cassationsrecurs hängig sei.

§. 13. Schlußbetrachtung. Oertliche Collision der Gesetze.

Es haben sich uns jetzt die Momente des Begriffs, den wir im §. 1 zuerst nur als abstracten Begriff aufstellen konnten, in ihrer concreten Vollständigkeit ergeben. Es hat sich dabei gezeigt, wie der Begriff der erworbenen Rechte auf dem Begriff der individuellen Willenshandlung und das Postulat der Unverletzlichkeit dieser Rechte oder der

---

[1] Ja, in einer edeln Humanität ging die Assemblée législative noch weiter, als die Principien stricte fordern. Da der neue Code die Aburtheilung durch Geschworene an Stelle der alten Criminalprocedur gesetzt hatte, in welcher die Richter, wie das Gesetz im Préambule sagt, nicht konnten „combiner le fait avec l'intention et les circonstances et prononcer d'après une conviction morale", so verordnete die Versammlung, unbekümmert um die Einwürfe der Reaction gegen die praktische Ausführbarkeit wegen zu großer Geschäftsüberbürdung der Beamten u. s. w., daß die Vernrtheilten sich an die Criminaltribunale erster Instanz wenden und diese nun nach Art einer Jury „in ihrer Seele und auf ihr Gewissen nach Einsicht der Pièces und nach Beschaffung aller möglichen Aufklärungen" darüber entscheiden sollten, ob das Verbrechen, welches zu der Strafe Anlaß gab, excusable war oder nicht, und daß sie, im Fall sie es für excusable fänden, den vollen Straferlaß, welches auch die Gattung der Strafe sei, aussprechen sollten. — Wir sagen, es war dies mehr, als nach den Principien stricte gefordert werden kann, weil dies eine Einwirkung auf das frühere formelle Procedurgesetz darstellt, die frühere Rechtmäßigkeit eines Procedurgesetzes aber, und ebenso die Competenz des durch dasselbe bestellten gesetzlichen Richters, das factische Dasein eines Verbrechens zu constatiren, in Bezug auf die frühern, unter jenem Gesetz erfolgten Urtheile durch das neue geänderte Rechtsbewußtsein der Rechtsidee nach nicht negirt wird, wie aus unsern Entwickelungen von selbst folgt.

Nichtrückwirkung auf dem Begriff der Willensfreiheit beruhen, beide zunächst im Unterschied und Gegensatz zur Bewegung der rechtlichen Substanz als solcher, oder der Einwirkung der Gesetze auf die blos gesetzlichen Rechte. Es hat sich gezeigt, daß die scheinbar aus nicht eigenen Willenshandlungen, sondern aus Ereignissen oder Handlungen dritter Personen, und somit scheinbar aus dem bloßen Gesetz entspringenden erworbenen Rechte eben nur ganz scheinbar Ausnahmen hiervon machen, da sie, in ihrer wahrhaften speculativen Auffassung, vom Rechte vielmehr gleichfalls als durch die geistige Willensaction des Individuums vermittelt gedacht werden, und so den waltenden Begriff, statt ihn zu widerlegen, nur bestätigen, wobei sich das verschlossene innere Wesen zahlreicher Rechtsinstitute ergeben hat.

Es hat sich herausgestellt, daß der speculative Begriff — und gerade nur er — die Kraft hat, aus seiner eigenen Dialektik heraus die Unterschiede zu entwickeln, welche in der Fülle der speciellen Fälle zur Geltung zu kommen haben, Fälle, deren concrete und bei größter äußerer Aehnlichkeit in sich unendlich unterschiedene Natur von der abstracten Allgemeinheit der das begrifflich Verschiedenste unter Einen Hut bringenden vulgären juristischen Formel überall verletzt und mishandelt wird. — Bis dahin war die Untersuchung immer nur von dem Gegensatz der individuellen Willensfreiheit und der rechtlichen Substanz als solcher (Gesetz) ausgegangen, ein Unterschied, auf welchem der entwickelte Begriff überhaupt beruht. Aber diese Gegensätze sind nicht blos abstracte Gegensätze, sondern jeder von beiden hat auch den andern schon in sich selbst, schließt sich mit ihm in eine Einheit zusammen. Die individuelle Willensfreiheit und Willenshandlung ist nur dann eine rechtliche oder gültige, wenn sie die rechtliche Substanz (das Gesetz) als vermittelnde (vermittelndes, erlaubendes Gesetz) in sich hat, wie ebenso umgekehrt, soweit die rechtliche Substanz zur individuellen Freiheit sich affirmativ verhält und sie als berechtigt anerkennt, die individuelle Freiheit selbst zur rechtlichen Substanz des Volksgeistes gehört.

Auf diesem speculativen Gesetz des Geistes — der Identität der begrifflichen Gegensätze, von denen jeder den andern schon in sich selbst hat — beruht es, als auf seinem tief-innersten Grunde, daß beide Gegensätze nicht in abstract-ausschließende Stellung zueinander treten können; daß also, wenn die rechtliche Substanz durch ihre Fortentwickelung dazu gelangt, der individuellen Willenshandlung nicht mehr als vermittelnde einzuwohnen, sondern sich prohibitiv zu ihr zu verhalten, die individuelle Willenshandlung nicht mehr fortwirken kann und hierbei dennoch von keiner Rückwirkung und Verletzung der Willensfreiheit die Rede ist, weil jene Einheit mit der rechtlichen Substanz als vermittelnder von Anfang an die substantielle Grundlage und Voraussetzung

der rechtlichen Willensfreiheit selbst bildet, eine Voraussetzung, an deren Dasein sie also durch ihre eigene substantielle Natur gebunden bleibt. Und ebenso beruht es auf diesem selben speculativen Grundgesetz, daß, wenn die Substanz durch ihre Entwickelung dazu gelangt, zu der prohibirten Handlung des individuellen Willens sich affirmativ zu verhalten und sie als ein Attribut seiner Freiheit anzuerkennen, hierdurch von selbst die substantielle Gültigkeit (Convalescenz) an dem Dasein der individuellen Willensfreiheit heraustritt (§. 7—12).

Diese begrifflichen Gesetze mit allen ihren nähern und so vielfach abgestuften und verwickelten Unterschieden, die gesammte Casuistik der Fälle, haben sich uns in die Einheit des speculativen Begriffs aufgelöst und als die durch seine eigene Kraft und Natur aus ihm hervorfließenden Bestimmungen ergeben. Der Wirrwarr der zusammenhanglosen, unvereinbaren und sich widersprechenden Regeln, in einem Gebiete, in welchem man selbst an der Möglichkeit verzweifelte, es unter eine Vielheit von bestimmten festen Grundsätzen zu bringen, hat sich uns, wie die auseinanderlaufenden Radien, welche aus dem Einen gemeinschaftlichen Lichtkern hervorfließen, in die centralische Sonne des Einen speculativen Gedankenkerns zurückergossen, als dessen durch seine eigene Thätigkeit hervorgetriebenen Ausstrahlungen sie sich erwiesen haben. Nur wo diese Einheit ist, ist Wissenschaft, ist System, ist Beweis und Gewißheit.

Zugleich ist hierbei so wenig von einem subjectiven Gedanken die Rede, daß wir vielmehr überall im empirisch-historischen Material die disjecta membra dieses speculativen Begriffs aufzuzeigen vermocht haben. Die bloße Empirie wird ewig das thränenreiche und vorbildliche Schicksal der Isis theilen, welche bei der Aufsuchung der zerstückelten Glieder des Gottes sie alle findet und sammelt — bis auf das Eine! Wenn aber die Philosophie in der Empirie die zerrissenen Glieder ihres Gedankengottes aufsucht, so ist sie vor diesem Schicksal sicher. Denn die Einheit des Gedankens, dessen disjecta membra sie sammelt, ist eben selbst das Zeugungsglied, das Organ des sich selbst erfassenden Lebens, welches nun von selbst in fortzeugender Fruchtbarkeit seine positiven Resultate hervorbringen und die bisherigen Irrthümer beseitigen muß.

Und eben weil wir nur mit dem speculativen Begriffe zu Werke gegangen sind, weil wir nur mit dem Begriff der individuellen Willensfreiheit einerseits und der rechtlichen Substanz (Gesetz) andererseits operirt und durch die alleinige Operation dieser Factoren diese ganze Materie entwickelt haben, haben wir mehr als unsere Aufgabe gelöst. Wir haben unter anderm auch die Frage nach der örtlichen Collision der Gesetze im Princip gelöst. Dieselbe muß durch die vorstehende begriffliche Entwickelung im Princip gelöst sein, denn sie beruht gleichfalls nur auf

denselben Begriffsmomenten, dem Begriff der individuellen Willensfreiheit und dem Begriff der rechtlichen Substanz als solcher, und ihren Verschlingungen untereinander. Ob diese Verschlingungen in der Zeit oder im Raume stattfinden, muß nothwendig identisch sein, denn diese sinnlichen Daseinsformen sind selbst ihrem Begriffe nach identisch, und es muß innerlich völlig gleichgültig sein, in welchem dieser beiden Elemente seine begriffliche Collision sich äußert. So ist die schon von Savigny ausgesprochene Ahnung dieser Identität, seine Behauptung eines „innern Zusammenhangs" der örtlichen und zeitlichen Collision (VIII, Vorr. VII), die er dann aber in der Entwickelung seiner Lehre nicht durchführen konnte, zu ihrer wahrhaften, zur innersten Identität zusammensinkenden Erfüllung gekommen. Den praktischen Nachweis zu führen, daß in unsern Entwickelungen auch die principielle Lösung örtlicher Collisionsfragen an sich gegeben ist, würde Sache einer neuen voluminösen Darstellung und Auflösung der einzelnen örtlichen Collisionsfragen und für uns kein Gegenstand mehr von hinreichendem Interesse sein. Wir begnügen uns daher mit zwei Bemerkungen. Erstens kann man die Formel aufstellen, daß wo, wenn die Collision auf eine zeitliche reducirt wird, der Richter das neue Gesetz anwenden müßte, im Falle der örtlichen Collision der Richter das Recht des Proceßforums zu hören hat; daß aber in Fällen, wo, wenn die Collision eine zeitliche wäre, das Gesetz zur Zeit der Handlung zur Anwendung kommen müßte, bei der örtlichen Collision in Bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person das Recht des Domicils, in Bezug auf die formelle Gültigkeit der Handlung das Recht des Orts der Handlung, in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen derselben aber das durch die, wenn auch stillschweigend an den Tag gelegte individuelle Absicht der Parteien bestimmte Recht in Anwendung zu bringen ist, welches dann, je nachdem, gleichfalls das Recht des Ortes der Handlung oder des Domicils, oder des Erfüllungsortes sein kann, eine Auswahl, in der die Entscheidung von der Interpretation des factischen Willens der beiden Parteien abhängt, und daher, wie man mit Unrecht stets übersehen hat, als bloße Schwierigkeit der factischen Absichtsermittelung gar keine Collision von Gesetzen darstellt, ebendeshalb aber auch insoweit den Kreis der von uns erörterten Principien überschreitet. Nur muß, um große Irrthümer zu verhüten, bemerkt werden, daß ein Gesetz, welches in Bezug auf die Bürger des eigenen Landes prohibitiv oder absolut ist, dies darum durchaus noch nicht immer in internationaler Beziehung, in Bezug auf Angehörige eines andern Staats oder einer andern Gesetzgebung ist. Wenn z. B. ein preußisches Gesetz verordnete, daß vor dem fünfundzwanzigsten Jahr niemand majorenn sein könne, so wäre dies Gesetz, da ihm die Privatwillkür nicht derogiren kann, prohibitiv, aber nur für

die Preußen. Dies Gesetz will nur den Preußen den Schutz verleihen, welcher in der bis zu einem gewissen Alter reiferer Vernunft versagten Handlungsfähigkeit enthalten ist. Aber es fällt ihm nicht ein, diesen Schutz auch den Ausländern aufzwingen und z. B. den französischen Gesetzgeber hindern zu wollen, seine Franzosen schon mit einundzwanzig Jahren majorenn zu erklären. Den Ausländern gegenüber wirkt daher dies Gesetz nur wie ein vermittelndes, und muß alle einundzwanzigjährigen Franzosen durch die Action ihres Gesetzgebers für ebenso majorenn erklärt betrachten, wie Preußen, die es durch Erklärung der obervormundschaftlichen Gerichte sind. So zeigt sich nun, warum der einundzwanzigjährige Franzose, der in Berlin ein Darlehen contrahirt hat, trotz des preußischen absoluten Gesetzes ebenso gut in Berlin verklagt werden kann als in Frankreich. — In dem Gesagten tritt zugleich hervor, warum in Bezug auf die Handlungsfähigkeit überhaupt nach den Gesetzen des Domicils da geurtheilt werden muß, wo, die örtliche Collision auf eine zeitliche reducirt, das Gesetz zur Zeit der Handlung maßgebend wäre. Hier könnte scheinen, bei der von uns behaupteten Identität im Falle der örtlichen Collision vielmehr das Gesetz des Orts der Handlung maßgebend sein zu müssen. Dies ist aber deshalb nicht der Fall, weil, wie wir oben sahen, alle Gesetze über die Handlungsfähigkeit sich dem Ausländer gegenüber nur erlaubend (vermittelnd), diejenigen seines eigenen Landes hierüber aber absolut zu ihm verhalten. Hat er also nach dem Gesetz des Ortes die Handlungsfähigkeit nicht, wohl aber nach dem seines eigenen Landes, so muß er, weil das Gesetz des Ortes ihm gegenüber erlaubend, das Gesetz seines eigenen Staats aber absolute bekleidend einwirkt, als ein solcher angesehen werden, der sie hat, gerade etwa wie einer, der sie unter jenem Gesetz des Ortes wohnend, in einer von demselben für zulässig erklärten Weise durch besondern Act sich erworben hätte. Hat er umgekehrt die Handlungsfähigkeit nach dem Gesetz des Ortes, nicht aber nach dem seines Domicils, so muß er, weil sich das erste nur erlaubend zu ihm verhält, das zweite aber für seine Landesangehörige prohibitiv ist, als ein solcher angesehen werden, der sie nicht hat. Denn die Wirkung der bloßen Erlaubniß ist wie eine an eine nicht erfüllte Bedingung geknüpfte Erlaubniß durch das prohibitive Gesetz ausgeschlossen. — Nur in dem Angegebenen beruht der innere Grund der alten Theorie[1], daß die Gesetze des Domicils immer als statutum personale auf die Handlungsfähigkeit wirken.

[1] Siehe deren Literatur in: Story, Conflict of Laws, 2d edit., §. 50—106. Vgl. auch den Proceß Bauffremont.

III.

Anwendungen.

Nach den ausführlichen Erörterungen, in welche wir bei der Entwickelung der Theorie eingegangen sind, kann es nicht unsere Absicht sein, hier derartige Rechtsfragen zu behandeln, deren Erledigung sich, selbst wenn sie nicht ausdrücklich besprochen sind, aus der Theorie von selbst hinreichend ergibt. Eine Casuistik von Fällen zu schreiben, welche das eigene Denken ersparen soll, ist nicht im mindesten der Zweck dieses Werkes. Außer dem Erbrecht, dessen genaue Behandlung in doppelter Hinsicht noch zur Durchführung und Befestigung der Theorie selbst erforderlich ist, werden wir uns daher nur noch auf einige wenige Fragen einlassen, die durch ihre specielle Natur ein besonderes Interesse empfangen oder eine besondere Schwierigkeit erregen können.

I. Perſonenzuſtand und Handlungsfähigkeit.

A.

Ein nach verſchiedenen Seiten hin nicht richtig aufgefaßtes intereſſantes Geſetz Juſtinian's mag hier zunächſt erörtert werden, weil bei richtiger Betrachtung deſſelben nicht nur ſowol ſeine ſcheinbare Schwierigkeit, als auch die falſchen Folgerungen, zu denen es Anlaß gegeben hat, beſeitigt werden, ſondern es auch vorzüglich geeignet iſt, ſowol durch ſich ſelbſt als durch den Vergleich mit andern Geſetzen deſſelben Geſetzgebers deutlich herauszuſtellen, wie unleugbar Juſtinian unter der inſtinctiven Operation des im §. 1 entwickelten Begriffes geſtanden hat, und wie der dialektiſchen Thätigkeit deſſelben die unſere Materie berührenden Geſetze, ſelbſt in ihren ſcheinbaren Widerſprüchen, entfloſſen ſind.

Durch die lex Junia war verordnet worden, daß bei gewiſſen unvollſtändigen Freilaſſungen der Freigelaſſene zwar der latina libertas theilhaftig und des Vermögenserwerbs fähig ſein ſollte, daß er aber beim Tode durch eine Fiction wieder in den Sklavenſtand zurückfallen und ſomit ſein Vermögen nicht qua Erbſchaft, ſondern infolge dieſer Fiction dem Patron anerfallen ſollte.[1]

Durch die L. un. C. de Lat. libert. tollenda hob Juſtinian dieſe unvollſtändige Freilaſſung auf, ſie in eine vollſtändige mit allen Wirkungen der Civität verwandelnd. Aber am Schluſſe des Geſetzes fügt

[1] Gajus, III, §. 56; Ulpian, XX, §. 8, 14, und Juſtinian (ſ. S. 312): „Quis enim patiatur talem esse libertatem, ex qua ipso tempore mortis in eandem personam simul et libertas et servitium concurrant et qui quasi liber moratus est, eripiatur non solum in mortem, sed etiam in servitutem?"

er hinzu, daß dasselbe nicht nur in Bezug auf die schon gestorbenen Freigelassenen — denn in diesem Falle war das Vermögen derselben den Herren bereits erworben —, sondern auch auf die noch lebenden Freigelassenen[1] unangewendet bleiben solle.[2]

Bergmann benutzt dies Gesetz, um daraus seine falsche Folgerung zu ziehen, daß ein Gesetz, welches den Personenstand verändert (und infolge dessen auch die Successionsrechte), auf niemand angewendet werden dürfe, dessen Personenstand schon in der Vorzeit begonnen und regulirt war.[3]

Savigny, welcher diesen Irrthum Bergmann's nicht theilt[4], will ebenso irrthümlich seinen Grundsatz darauf basiren[5], daß die „künftigen Wirkungen vergangener Thatsachen" durch neue Gesetze nicht geändert werden können, eine ebenso wie ihr Gegentheil abstract-allgemeine Formel, deren Unrichtigkeit wir in den §§. 6 und 7 schlagend haben hervortreten sehen. An einer andern Stelle[6] sagt Savigny über dasselbe Gesetz: „Dieses war nun nicht ein neues Gesetz über die Erbfolge, wie es neuere Schriftsteller gewöhnlich ansehen, sondern über die Freilassung und die mit derselben verbundene Beschränkung des Vermögens. Die transitorische Vorschrift war der Natur des Rechtsverhältnisses völlig angemessen."

Savigny fühlt in diesen Worten die Rechtmäßigkeit der Vorschrift richtig heraus und nähert sich in gewisser Weise dem Grund derselben, ohne ihn jedoch wirklich aufzeigen zu können. Wenn das Gesetz kein Gesetz über die Erbfolge war — wie es denn dies in der That nicht war —, so war es dagegen, wie Bergmann S. 96 richtig und scharf

---

[1] §. 13: „Sed si quidem liberti jam mortui sunt, et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt*, nihil ex hac lege innovetur, sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda. In *futuris* autem etc."

[2] Beiläufig: Hier ist die Nichtanwendung ausdrücklich vorgeschrieben; aber hier hütet sich Bergmann, von seinem lahmen Argumente Gebrauch zu machen (s. oben S. 157, Note 2), daß eine ausdrückliche Hinzufügung des Gesetzgebers über die Rückwirkungsfrage zeige, wie nach der eigenen Ansicht dieses Gesetzgebers das von ihm Verordnete aus der reinen Rechtsidee nicht folge; ein Argument, mit welchem Bergmann freilich sehr bequem alle Vorschriften römischer Gesetze beseitigt, die nach ihm der römischen Auffassung von der Rückwirkung widersprechen würden, und das er anzuwenden vergißt, wenn, wie hier, das ausdrücklich Vorgeschriebene mit seiner Ansicht von der römischen Auffassung der Rückwirkung übereinstimmt.

[3] Verbot der rückwirkenden Kraft u. s. w., S. 96; vgl. das. S. 89.

[4] Wie es sich hierüber in Wahrheit verhält, siehe oben S. 60—64.

[5] System, VIII, 395. — Savigny druckt die Worte vel adhuc vivunt breit, da er in ihnen eben die Bewährung dieses Grundsatzes findet.

[6] Das. S. 505.

genug aufzeigt, ein Gesetz über die Veränderung des ganzen Status der liberti Latini. Es war eine Constitution über den Personenstand und eine aus dieser geänderten Rechtsfähigkeit der Person hervorfließende Veränderung der Successionsrechte, respective Einführung von solchen.

Wo aber infolge eines den Personenstand verändernden Gesetzes eine neue Rechtsfähigkeit, wie z. B. active testamenti factio, Intestaterbrecht u. s. w. eintritt, da muß, wie nicht nur aus unserer Lehre, sondern auch aus der Savigny'schen folgt[1], dies Gesetz sofort alle lebenden Personen dieses Standes mit dieser Rechtsfähigkeit befassen. Niemand wird bestreiten, daß, wenn ein Gesetz den peregrini, welche sie nicht hatten, testamenti factio[2] oder den Sklaven eine bestimmte Vermögensfähigkeit — z. B. auf irgendein peculium — verleiht, dies Recht sofort alle peregrini — und ebenso alle Sklaven in Bezug auf von jetzt ab Erworbenes — ergreifen muß.

Die Latini Juniani konnten also sagen: Dieses Gesetz ertheilt unserm Status eine bestimmte Rechts- und Vermögensfähigkeit, indem es denselben gänzlich aufhebt und in volle Freiheit und Civität umwandelt. Es muß somit auf alle diesem Status angehörigen Personen sofort einwirken.

Weshalb ist nun dennoch das Gesetz rechtmäßig?

Aus dem sehr einfachen Grunde, weil diese Latini Juniani überhaupt nur durch den freien Willen ihrer Herren freigelassen worden waren, und weil also dies neue Gesetz, wenn es auch den Freigelassenen gegenüber nur *qua* Gesetz wirkt, doch die Berechtigten — die frühern domini der von ihnen freigelassenen Sklaven — nur durch Vermittelung einer individuellen Willensaction derselben treffen und diese denaturiren würde, indem es ihr zum Nachtheil der Berechtigten andere und größere rechtliche Folgen verleihen würde, als der dominus bei der Handlung der Freilassung gewußt und gewollt hat.

Es ist also ganz natürlich und logisch, daß das römische Gesetz, da es ja nicht die Sklaverei und die von ihr bedingte Vermögensunfähig-

---

[1] Siehe z. B. VIII, 414—419, 452 fg., 461 fg., und a. a. O.

[2] Der hier in Rede stehende Freigelassene — der Latinus Junianus — hatte testamenti factio und konnte also Testamentszeuge sein. Aber er hatte sie nicht in Bezug auf sein eigenes Vermögen (s. die oben angeführte Stelle). Man kann das richtiger so ausdrücken: er hatte testamenti factio während des Lebens, verliert sie aber zur Zeit des Todes, wodurch dann von selbst ein vorhandenes Testament wegen mangelnder Fähigkeit ungültig wird. Denn der Nachlaßunfähigkeit des filius familias steht der Fall des Latinus Junianus nicht gleich, weil letzterer, zum Unterschied von jenem, während seines Lebens Vermögen für sich erwerben kann.

keit überhaupt als unzulässig aufhebt, sondern nur einen Mittelzustand aufhebt, der lediglich das freie Willensproduct der Herren war, sich auf den Standpunkt der domini stellt und dieselben nicht nachträglich in eine größere Entäußerung ihrer Rechte versetzt, als die, welcher sie sich unterworfen haben.

Wir sehen so den von uns in §. 1 entwickelten Begriff in dieser Verordnung Justinian's schlagend bestätigt. Zugleich folgt hieraus, daß, wenn die Ursache, durch welche die ehemaligen Sklaven in die Junianische Latinität versetzt worden waren, eine von dem Willen der Herren unabhängige, also eine objective oder — was in Bezug auf die Herren dasselbe — nur in Willenshandlungen der Sklaven gelegene gewesen wäre[1], jenes Gesetz Justinian's im entgegengesetzten Sinne hätte verfügen und die Rechtsfähigkeit mit allen aus ihr fließenden Folgen allen lebenden Personen dieser Kategorie sofort ertheilen müssen.

Und in der That läßt sich durch eine ganze Reihe von Gesetzen darlegen, daß Justinian diesen Unterschied sorgfältig beobachtet und daher durchaus unter der Operation des von uns entwickelten Begriffs gearbeitet hat.

Werfen wir zunächst einen Blick auf ein schon früher (s. S. 64) bezogenes, die durch das Familienrecht bedingte Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person betreffendes Gesetz. Durch die Novelle 81 verordnet Justinian, daß durch die kaiserliche Verleihung gewisser Würden und Aemter an Familiensöhne dieselben ipso jure und ohne väterliche Emancipation sui juris werden sollen. Und da hier ein solcher Fall vorliegt, wo, unabhängig von der individuellen Willensaction des bisherigen Berechtigten, durch das objective Dasein des Amtes[2] die Gewalt des Familiengewalthabers gebrochen wird und die Rechtsfähigkeit mit ihren Folgen eintritt, so will Justinian, genau entsprechend dem von uns entwickelten Unterschiede, dieses Gesetz nicht nur auf solche angewendet wissen, welche wie in dem Gesetz über die Latina Juniani von nun ab in diese Lage gerathen werden, sondern ebenso auf die, welche bereits früher eine solche Würde erlangt haben, sodaß dieselben jetzt ohne weiteres dadurch sui juris sein sollen.[3] Er spricht dies auf das ausdrücklichste aus (Kap. 1, §. 1):

---

[1] Wie z. B. durch gewisse Würden oder als Belohnung für gewisse Handlungen Sklaven ipso jure frei wurden; s. Dig. „Qui sine manumissione ad libert. perv." (40, 8), und Cod. „Pro quibus causis servi pro praemio libert. accip." (7, 13).

[2] Justinian denkt sich dies aufs schärfste so. „Ut ordinarii consules, si in potestate sint *simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, suae potestatis fiant*", sagt er das. Kap. 1.

[3] In diesem Ideenzusammenhange fällt nun ein helles Licht auf ein Institut

„. . . Quare sive *quis nunc* in potestate aliena *sit*, qui hisce honoribus aut magistratibus quos antea enumeravimus, *fruitur*,

---

des alten jus civile, die minima capitis diminutio, und speciell auf die zwei Fragen, warum auch der Emancipirte, der doch nur die Rechtsfähigkeit gewinnt, durch die Emancipation eine capitis diminutio erleidet, und warum ferner die Vestalin (und ebenso der flamen Dialis), trotz ihres Austritts aus der Familie, keine cap. dim. erleidet. Erstere Frage beantwortet Savigny (II, 65 fg.) mit Beziehung auf L. 3, §. 1, de c. m. (4, 5): „cum emancipari nemo possit nisi in *imaginariam servilem causam* deductus", dahin, daß die alterthümliche Form der Emancipation, der formelle Durchgang durch die mancipii causa, davon der Grund gewesen sei. Allein dies heißt die Wirkung für die Ursache ausgeben. Denn dieser formelle Durchgang kann ja eben nur wieder als die symbolische Darstellung des in dem Acte thätigen Gedankens aufgefaßt werden, und es kehrt daher die Frage in der Form wieder: warum denn die Emancipation mit jenem formellen Durchgang verbunden sein mußte? was also gar nichts anderes ist, als die Frage: warum sie ihrem Gedanken nach eine capitis diminutio in sich schließen muß? — Die zweite Frage, warum die Vestalin ohne cap. dim. aus der väterlichen Gewalt heraustritt, hat den Juristen seit jeher viel Kopfzerbrechen verursacht (siehe Cramer, Kleine Schriften [Leipzig 1837], S. 89 fg.; Savigny, II, 503 fg.), weil diese Thatsache gegen die currente Regel angeht, daß jede familiae oder status permutatio mit einer capitis diminutio verbunden sein muß. Wenn aber Böcking, a. a. O., I, 217, ausruft: „Also eine familiae oder status permutatio und doch keine capitis minutio? Weder solche mutatio, noch minutio", so kann dem durchaus nicht beigestimmt werden; denn die familiae permutatio kann ja nicht im geringsten bestritten werden! Sie tritt ja ganz handgreiflich darin hervor, daß die Vestalin nicht mehr in der Familie ab intestato erbt, noch so beerbt wird, testamentfähig ist und auch, wenn sie nach dreißigjährigem Dienst austritt, nicht wieder in die väterliche Gewalt zurückfällt, sondern sui juris bleibt, Thatsachen, die Böcking a. a. O. selbst constatirt, und die doch auf das unanfechtbarste den Bruch des Familien- und Agnationsbandes und das Austreten aus demselben erweisen.

Die Antwort auf beide Fragen ist eine und dieselbe. Sie beruht auf dem Begriff des filius familias, der erst im zweiten Bande bei Behandlung des römischen Erbrechts wahrhaft klar gelegt werden kann, und auf den gedoppelten Seiten, die er enthält. Der Sohn erscheint im Eigenthum des Vaters. Soll dies aufgehoben werden, so kann dies nur dadurch geschehen, daß ihn der Vater aus seinem Eigenthum herausetzt, d. h. ihn veräußert. Durch die Veräußerung wird aber etwas gerade als Sache gesetzt. Dies, daß eine Privatwillkür ihn, eine an sich freie (zur Freiheit bestimmte) Person, als ihre Sache setzt, enthält den Begriff der capitis diminutio für den Sohn in sich und zwingt ihn zu jener symbolischen Darlegung derselben, dem formellen Durchgang der mancipii causa. Man wird sagen wollen: wird auch durch die Emancipation der Sohn nothwendig als Sache gesetzt, so erleidet er doch keine neue cap. dim. hierdurch. Denn er war ja schon vorher die Sache des Vaters, er wird jetzt nur als das gesetzt, was er schon bis dahin an sich war, und die cap. dim. müßte hiernach schon im Zustand des filius familias beruhen, was nicht der Fall ist. Allein dies Raisonnement würde den später zu entwickelnden speculativen Begriff des Verhältnisses

sive *postea futurus sit*, etiam hunc sequatur jus suae potestatis etc." Und ebenso im Kapitel 2: „Neque enim volumus, ut qui ita suae potestatis *factus est* (also durch frühere Amtserlangung) *vel fit* (durch künftige)."

Aber das Gesetz bleibt nicht einmal bei dieser so schlagenden Analogie stehen. Justinian kommt vielmehr selbst darin auch auf den Sklavenstatus zu sprechen. Er ruft im Eingange des Gesetzes aus: „Si enim sancivimus, ut quando servus aliquis sciente domino militia dignus habitus, *vel dignitatem aliquam ab Imperatore consecutus est*,

---

verkennen, der hier nur flüchtig angedeutet werden kann. An sich ist der Sohn — und dies unterscheidet ihn vom Sklaven — freie Person, dazu bestimmt, seiner Zeit von selbst sui juris zu werden; nur daß diese an sich freie Person in privatrechtlicher Willensidentität mit einer andern Person steht, welche der zeitweilige allein berechtigte Träger und das Subject dieses zwischen beiden identischen Willens ist. Da also der Sohn an sich Willensperson ist, so ist er nicht Sache und in keinem Zustand der Verunehrung. Weil aber der Vater das zeitlich allein berechtigte Subject dieser Willensidentität ist, kann er ihn zu seiner Sache machen. Der Sohn ist also nicht Sache, sondern hat nur die Fähigkeit, vom Vater dazu gemacht zu werden. Von dieser bloßen Fähigkeit macht aber der Vater gerade dann Gebrauch, und muß ihn machen, wenn er seine Willensherrschaft über den Sohn aufheben will. Denn hierzu muß er ihn derselben entäußern, also gerade im Act der Entäußerung als Sache setzen und behandeln. (Bis dahin behandelt er ihn, wie er ihn auch behandeln möge, immer als Sohn, als natürliche Identität, nicht als Sache; erst durch die Aufhebung der Identität, die in der Veräußerung, also in der Entlassung aus derselben vor sich geht, wird er als Nichtidentität und darum als bloße Sache gesetzt.) So erleidet der Sohn also gerade erst durch die Emancipation die capitis diminutio, die seinem frühern Zustand fremd ist. — Geräth der Sohn aus der Willensherrschaft des Vaters ohne dessen Willkür, also ohne von ihm als Sache gesetzt zu werden, z. B. durch den natürlichen Tod des Vaters, so erleidet er diese capitis minutio also nicht. — Verhält sich dies nun so, so muß jetzt ganz klar sein, warum auch die Vestalin und der flamen Dialis, trotz der offenbaren familiae oder status permutatio, keine capitis min. erleiden können; denn sie werden ja nicht durch die Willkür des Vaters, sondern durch eine von dieser ganz unabhängigen Weise seiner Gewalt entzogen, werden somit nicht, wie bei der Emancipation nothwendig, zum Zweck der Befreiung als die Sache dieser Willkür gesetzt, erleiden deshalb also keine capitis min. und haben daher auch den Durchgang der mancipii causa nicht nöthig. Die geistige Achse hiervon liegt also nicht, wie Böcking und Göttling meinen, in der Versetzung „in einen über den bürgerlichen erhabenen Rechtskreis", sondern, wie bei dem Fortfall der väterlichen Gewalt durch den Tod, wo ja der bürgerliche Rechtskreis derselbe bleibt, einfach darin, daß sie sui juris werden durch eine lediglich ihrerseits, nicht durch den Willen des Vaters eintretende Aenderung, und ohne also durch jene Willkür als die Sache derselben behandelt zu werden, wie dies nach der justinianischen Novelle auch bei jenen Aemtern der Fall, und diese Aufhebung der väterlichen Gewalt deshalb gleichfalls ohne capitis diminutio ist.

is *statim* liberetur et ad ipsam ingenuitatem transferatur, quare justum non esset, ut ille, qui talibus codicillis dignatus est, patria etiam potestate liberetur?" Also auch bei der Aufhebung des Sklavenstatus soll, wenn dieselbe durch ein Factum vermittelt ist, welches ursprünglich nicht, wie beim Latinus Junianus, durch die bloße Willkür des Berechtigten hervorgebracht ist, sondern in dem objectiven Dasein einer vom Kaiser verliehenen Würde besteht, die Befreiung unmittelbar bei allen von früher her in dieser Lage befindlichen Sklaven eintreten, wie schon in den angeführten Worten selbst das „statim" und besonders das Perfectum „consecutus est" ebenso deutlich zeigen, als die von Justinian selbst gezogene Parallele mit der Befreiung durch Würden von der väterlichen Gewalt.

Es verhält sich ebenso, wenn die Freiheit des Sklaven dadurch eintritt, daß sich derselbe dem Mönchsstande gewidmet hat, also durch eine vom Willen des Herrn unabhängige und vielmehr in seinem eigenen Willen gelegene Erhebung in eine Sphäre von objectiver Geweihtheit vermittelt ist, eine Erhebung, welcher der Wille des Herrn sogar geradezu entgegengesetzt sein kann. In der Novelle 5, Kap. 2, §. 1 und 2, verordnet Justinian nämlich, daß, wenn ein Sklave seinem Herrn entlaufen und in ein Kloster geflüchtet ist, um daselbst Mönch zu werden, er nicht nur nach Ablauf des Triennium, welches (s. Kap. 2, §. 1) erforderlich ist, um der veste monachica et tonsura würdig erachtet zu werden, in den Stand der Freiheit[1] erhoben sein soll, sondern daß er sogar schon vor Ablauf dieses Zeitraums von der Gewalt seines Herrn befreit sein und nicht von ihm soll reclamirt werden können (s. id. §. 2), es sei denn, daß der Herr bewiese, der Sklave sei ihm nur entlaufen, um den Folgen eines strafbaren Lebenswandels zu entgehen. Und wieder zeigt der durchgehende Gebrauch der Tempora in dieser Novelle, zumal wenn man den griechischen Text vergleicht, daß dieses Gesetz sich auch auf solche Sklaven anwenden sollte, welche schon vor dem Erlaß desselben in ein Kloster eingetreten oder ihrem Herrn entlaufen waren.

Ganz entsprechend verfährt Justinian in der Novelle 123 über die Aufnahme von Sklaven in den geistlichen Stand überhaupt.

Er sagt daselbst Kap. 17: „Si servus sciente et non contradicente domino in clerum allectus sit, *ex ipsa allectione liber et ingenuus sit.*" Der griechische Text — ἐξ αὐτοῦ τοῦ καταλεγῆναι — zeigt durch den Infinitiv des Aorist ganz bestimmt, daß, auch wenn die Handlung der Aufnahme schon in der Vergangenheit ge-

[1] ... atque in libertatem vindicentur, nam si multis in casibus a lege quoque hoc fit et talis libertas datur, quidne divina gratia his vinculis eos liberare possit?

ſchehen iſt, dies Geſetz ſich auf ſie anwenden und die Ingenuität hervorbringen ſoll. Und die hier hinzugefügte Bedingung: „. . . sciente et non contradicente domino“ widerſpricht dem von uns nachgewieſenen Begriffsunterſchied keineswegs. In dem bloßen Wiſſen und Nichtwiderſprechen ſeitens der Herren liegt ſo wenig eine Freilaſſung, daß Juſtinian noch in demſelben Kapitel verordnet, daß, wenn der durch jenen mit Wiſſen ſeines Herrn ausgeführten Eintritt in den geiſtlichen Stand frei gewordene Sklave dieſen Stand verläßt, er ſeinem Herrn wiederum als Eigenthum anheimfallen ſoll (domino suo in servitutem tradatur). Der Herr konnte alſo vor dieſem Geſetze ſehr wohl den Eintritt des Sklaven in den Klerus vorübergehend zulaſſen wollen, nicht wiſſend, daß derſelbe dadurch unwiderruflich ſeinem Eigenthum entzogen ſein würde.

Aber die Urſache der Freiwerdung wird hier gar nicht wie bei dem Latinus Junianus als in der bloßen Willensaction des dominus liegend gedacht. Dieſe Urſache wird vielmehr gedacht als eine durch jene Privatwillkür des Berechtigten nicht hervorgebrachte eigene Erhebung des Sklaven in die geiſtige Geweihtheit dieſes Standes. Die rechtliche Privatwillkür des Herrn hätte die geiſtige Erhebung nur verhindern können. Hat ſie dieſes nicht gethan, hat dieſe Erhebung einmal rechtmäßig ſtattgefunden, ſo iſt nun auch die Freiheit nur ein Ausfluß der durch das Wollen und Erlangen des Sklaven, nicht des Herrn, erwirkten geiſtigen Beſchaffenheit. Weil alſo der hier blos negative Wille des früher Berechtigten gar nicht die productive Urſache der Freiwerdung oder des geiſtlichen Standes iſt, in dem ſich der Sklave befindet — während ſie allerdings die alleinige Urſache des Standes des junianiſchen Freigelaſſenen war —, ſo muß dieſe nicht aus der individuellen Willensaction der Berechtigten fließende Freiheitsurſache alle die ergreifen, welche ſich auch ſchon von früher her in dieſem Stande befinden. Und ſie wirkt nicht zurück, obgleich ſie dies thut, weil eben dieſe Freiwerdung und dieſer Stand des Sklaven, auf den ſie ſich gründet, durch eine objective, reſpective auf Seiten der Sklaven liegende Urſache, nicht aber als durch die individuelle Willensaction der frühern Berechtigten hervorgebracht angeſchaut wird.

Denſelben Begriffsunterſchied beobachtet Juſtinian bei andern, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Perſonen betreffenden Geſetzen. Durch Novelle 5, Kap. 5, hatte er verordnet, daß Mönche, die, ohne zuvor über ihr Vermögen verfügt zu haben, ins Kloſter eintreten, jede Dispoſitionsfähigkeit darüber verlieren und das Vermögen, mit Ausnahme eines den Kindern der Eingetretenen ab intestato zu verabfolgenden Viertels, dem Kloſter anheimfallen ſolle.

Aber nun entſtand die Frage, ob dies Geſetz auch auf ſolche ſich anwenden ſolle, die ſchon vor Erlaß deſſelben ins Kloſter gegangen waren.

Zur Schlichtung dieser Frage erläßt Justinian die Novelle 76, in deren Vorrede ausdrücklich gesagt ist, daß der in einem individuellen Fall entstandene Zweifel den Anlaß zu ihr gegeben habe. Und wieder entscheidet Justinian die Frage unter der sichtlichen Einwirkung des von uns entwickelten Begriffes. Der Eintritt in den Mönchsstand ohne vorhergehende Verfügung über das Vermögen war lediglich eine freie Willensaction des Individuums. Den Verlust der Dispositionsfähigkeit über das Vermögen und respective den Verlust des Eigenthums selbst auf Grund eines spätern Gesetzes an einen solchen frühern Eintritt knüpfen, hieß also eine vergangene individuelle Willenshandlung vollständig denaturiren und ihr einen Inhalt geben, den sie bei ihrer Vollbringung nicht gehabt hat, hieß somit: die bei den noch jetzt ins Kloster Eintretenden anerkannte Willensfreiheit verletzen oder eine Rückwirkung begehen. Justinian entscheidet also, daß die früher Eingetretenen, sowol wenn Kinder daseien, als wenn nicht — denn des erstern Falls wird nur mit einem „maxime" gedacht —, die Fähigkeit behalten sollten, in jeder beliebigen Weise über ihr Vermögen zu disponiren. Und sehr bemerkenswerth sind die Ausdrücke, deren er sich dabei bedient: „. . . Eos enim" — motivirt er diese Interpretation — „qui ante praedictam legem semel in monasteriis commorantur, nihil plane lex postea lata *contristabitur*[1], aut quid eorum *adimet*, quorum licentiam iis antea dedimus; nec prior nostra lex ullo modo impedimento sit, quoniam *id non est ex iis quae fieri possunt*, *prius* enim disponere et *sic* monasterium ingredi oportuit. *Si vero quis* nulla ejusmodi lege lata monasterium *ingressus sit*, qui *fieri poterit*, ut ordo legis invertatur atque ab illis exigatur, qui antea monasterium ingressi sunt, ut illa faciant quae *prius ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt?"

Justinian erkennt hier, was gewiß selten genug bei ihm der Fall, in jenem id non est ex iis quae fieri possunt an, daß er das Gegentheil nicht einmal verordnen könne und seine Machtbefugniß hier ihre rechtliche Grenze habe.

Wir haben also hier ein Gesetz, welches die Rechtsfähigkeit eines Personenstandes bestimmt, und welches dennoch nicht zum Nachtheil der diesem Stande bereits Angehörenden einwirken soll, weil es dieselben nur durch Vermittelung ihrer freien Willensactionen und somit durch eine Entstellung derselben treffen würde.

Es wird von Interesse sein, bei diesem Gesetz einen Blick auf Savigny's Theorie zu werfen und hierauf eine kurze Erörterung folgen zu lassen, um das soeben Gesagte gegen Misverständniß zu schützen. Gehört

[1] Vgl. das „calumniare" in der Verfügung des Anastas oben S. 7.

diese Novelle 5, Kap. 5, wenn man sie in Bezug auf die Savigny'sche Eintheilung betrachtet, zu den Gesetzen über den Erwerb (und Verlust) von Rechten, oder zu denen über das Dasein von Rechten? Gewiß, wenn man sich auf den Standpunkt der Eintretenden stellt, die durch diese Handlung ihr Vermögen und die Vermögensfähigkeit verlieren, gehören sie zu den Gesetzen über den Erwerb (Verlust) von Rechten. Aber wenn man sich auf den Standpunkt der Organisation des Mönchsstandes stellt, so kann man in diesem oder ähnlichen Gesetzen ebenso wol ein Gesetz über die Vermögensunfähigkeit von Mönchen, also ein Gesetz über das Dasein der Rechte finden (das daher nach Savigny zurückwirken müßte).

Diese Verstandesabstractionen haben also nichts Festes gegeneinander und gehen ineinander über, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Standes selbst, oder der Individuen vor ihrem Eintritt in denselben stellt.

Berücksichtigt man, daß nach Savigny[1] die aus sittlichen, religiösen und politischen Gründen erlassenen Gesetze wegen der außerhalb des reinen Rechtsgebiets liegenden zwingenden Natur dieser Gründe rückwirken sollen, so würde man um so mehr zu der Meinung neigen müssen, daß jene Novelle auch die schon in den Mönchsstand Getretenen sofort treffen müsse. Denn dieselbe ist durchaus ein Ausfluß sittlicher und religiöser Gründe. Allein nicht darauf, wie Savigny miteinander verwechselt[2], ob ein Gesetz zwingende Motive hat, sondern darauf, ob es ein zwingendes Gesetz ist, d. h. ein absolutes, die Privatwillkür ausschließendes, kommt es an. Dies wird gerade hier besonders klar werden. Wäre das Gesetz von der Anschauung ausgegangen, daß alle, die jetzt in den Mönchsstand eintreten, nicht nur von jetzt ab vermögensunfähig sein sollten, sondern auch ihr gesammtes Vermögen auf das Kloster übertragen müßten, so würde die Anwendung desselben auf alle schon vor demselben eingetretenen und noch in dem Besitz von Vermögen befindlichen Mönche keine Rückwirkung dargestellt haben. Bei einem das Dasein von bestehenden Rechten in der Weise aufhebenden Gesetze, daß es nach seinem Inhalt selbst jedes Abweichen der Willensfreiheit ausschließt und ausschließen will; bei einem Gesetz, welches also dies Recht als ein solches ansieht und bestimmt, welches überhaupt außerhalb der rechtlichen Sphäre der privaten Willensfreiheit liege, kann seine Anwendung auf die

---

[1] Vgl. z. B. VIII, 517 u. 527 fg., wo nach der Weise, in welcher Savigny Gesetze, welche die Rechte unehelicher Kinder verringern oder aufheben, besonders den Art. 340 des Code civil auffaßt und rechtfertigt, ebenso gut auch die Novelle 5 hätte auf die damaligen Mönche sofort einwirken müssen.

[2] Vgl. oben S. 236, Note 1.

in diesem Zustand bereits befindlichen Individuen keine besondere Verletzung der Willensfreiheit, keine Verletzung der rechtlichen (d. i. anerkannten) Willensfreiheit und somit keine Rückwirkung darstellen!

Hier ist nicht mehr die individuelle Willensaction — die Nichtdisposition über das Vermögen vor dem Eintritt ins Kloster —, die das Individuum mit der Wirkung des neuen Gesetzes zusammenschließende Handlung, sondern das Dasein dieses Personenstatuts, dessen gesetzliche Gestaltung Sache des Gesetzes, nicht des individuellen Willens ist, und dessen ihm durch eine Aenderung des öffentlichen Bewußtseins in zwingender Weise gegebenen oder entzogenen Rechte daher von jetzt ab jedes Individuum treffen, das diesem Stande angehört. Die Mönche würden daher in dem Falle dieses Gesetzes von jetzt ab ihr Vermögen und ihre Vermögensfähigkeit ebenso verloren haben, als seien sie jetzt erst in den Mönchsstand eingetreten.

Zwar könnte man auch in diesem Falle auf die individuelle Willensaction als die angebliche Ursache zurückgehen wollen, durch deren Vermittelung das Individuum von dem neuen Gesetze getroffen würde.

Man könnte zu sagen versuchen: da der Eintritt in diesen Stand, hier also in den Mönchsstand, doch nur eine freie Willenshandlung des Individuums gewesen sei, so werde also die Willensfreiheit verletzt, wenn auch in Bezug auf die schon früher eingetretenen Individuen der durch das neue zwingende Gesetz verhängte Verlust von Vermögen und Vermögensfähigkeit platzgreife; hätten die Individuen — ist also der Sinn dieser Einwendung — dies vorher gewußt, so würden sie vielleicht gar nicht in diesen Stand eingetreten sein.

Wie unrichtig und wie wenig unsere Theorie widerlegend dieser Einwurf sein würde, zeigt sich schon auf den ersten Blick daran, daß bei dieser Einwendung die Willensaction gar nicht als die directe, das Individuum mit dem neuen Gesetz zusammenschließende Ursache, daß sie nicht als causa, sondern als *causa remota* in Anspruch genommen wird.

Näher betrachtet, ergibt sich das Unrichtige und Unzutreffende dieses Einwandes durch die in §§. 7—10 gegebenen Entwickelungen über die Wirkung absoluter Gesetze, auf die wir hier zurückverweisen müssen.

Die augenblickliche Einwirkung eines prohibitiven oder zwingenden Gesetzes auf die bereits in einem Stande, z. B. dem Mönchsstande, Befindlichen würde wegen der ursprünglich durch freien Willen vermittelten Wahl dieses Standes ebenso wenig eine Rückwirkung sein, als z. B. Gatten, die unter einem die Ehe für auflöslich erklärenden Gesetz geheirathet haben, es als einen rückwirkenden Verlust der individuellen Freiheit geltend machen können, wenn die durch ein neues Gesetz ausgesprochene Unauflöslichkeit der Ehe auf sie angewendet wird, obwol es allerdings

factisch möglich sein möchte, daß jemand nicht geheirathet haben würde, wenn die Ehe damals ein unauflösliches Band gewesen wäre oder auch umgekehrt.[1] Das Individuum erwirbt durch den freiwilligen Eintritt in jeden Stand des Personen- wie des Familienrechts nur diese Qualität, Gatte, Mönch u. s. w. zu sein. Und wie es sogar diese Qualität nur auf so lange erwirbt, als das Gesetz sie überhaupt anerkennt, und sie sofort verliert, wenn durch ein prohibitives Gesetz dieser Qualität Mönch, Gatte u. s. w., das rechtliche Dasein überhaupt entzogen wird, so besitzt es um so mehr auch alle die einzelnen, an diese Qualität vom Gesetz geknüpften oder mit ihm für vereinbar erklärten, noch so sehr erworbenen Rechte nur auf so lange, bis ein zwingendes Gesetz dieselben für extra patrimonium, außerhalb der Willensherrschaft der Individuen überhaupt oder der diesem Stande angehörigen Individuen erklärt. Und ebenso wie mit den Rechten wird das Individuum nothwendig auch augenblicklich mit allen Pflichten befaßt, welche das Gesetz in zwingender Weise an eine solche Qualität, Mönch, Gatte u. s. w., heftet. Also auch mit der Pflicht der jetzt vorzunehmenden Vermögensentäußerung an die Klostergemeinschaft. — Wir haben in den §§. 7, 9 und 10 gesehen, daß jeder Rechtsinhalt und jede bestimmte Art von Eigenthum — und ebenso natürlich auch alles Eigenthum überhaupt — trotz alles Erworbenseins nur auf so lange vom Individuum besessen werden kann, bis ein prohibitives Gesetz diesen Rechtsinhalt oder diese Art von Eigenthum — also nothwendig auch alles Eigen-

[1] Man wird hier geneigt sein einzuwerfen, daß aber anerkanntermaßen nur das eheliche Verhältniß der Gatten als solches durch einen Gesetzwechsel betroffen wird, während ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse schlechterdings nur durch den Ehecontract oder durch das als stillschweigender Contract wirkende Gesetz zur Zeit der Eheschließung regiert bleiben. Dies ist auch ganz richtig, hat aber selbst seinen Grund wieder nur darin, daß nach unsern Gesetzgebungen die Verabredung über die vermögensrechtlichen Verhältnisse, die zwischen den Gatten stattfinden sollen, eine Sache der individuellen Willensfreiheit der Eheleute ist. Denkt man sich aber, daß ein Volk etwa von der Anschauung ausginge, das sittliche Wesen der Ehe erfordere für die durch sie hervorzubringende Identität mit zwingender Nothwendigkeit auch eine Identität und Gemeinsamkeit des Vermögens, und daß dies Volk deshalb durch ein Gesetz bestimmte, es müsse absolute Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten stattfinden, so fühlt man sofort, wie dieses Gesetz der Rechtsidee zufolge auch auf alle bereits bestehenden Ehen platzgreifen und sie, ebenso wie es alle Contractsfreiheit für die Zukunft aufhebt, mit Abrogirung aller bestehenden Contracte von jetzt ab in Gütergemeinschaft versetzen müsse. — So erst ist das Beispiel dem oben unterstellten Falle wahrhaft analog; denn es hat dann durch dies zwingende Gesetz jeder Ehegatte jetzt sein bisheriges Vermögen ebenso an den andern veräußert, wie bei dem supponirten zwingenden Mönchsgesetz diese Vermögensentäußerung an die Gemeinschaft des Klosters auch in Bezug auf die schon in diesem Stande Befindlichen eintreten müßte.

thum überhaupt — außerhalb der Eigenthumsfähigkeit der Individuen, oder — was hieraus von selbst folgt — außerhalb der Eigenthumsfähigkeit der einem bestimmten Stande angehörigen Individuen erklärt. Durch den Eintritt in diesen Stand hat sich vermöge der in der Gemeinsamkeit mit dem Volksbewußtsein beruhenden Substanz alles Rechts (vgl. oben S. 164 fg.) das Individuum allen durch die künftige Entwickelung dieses gemeinsamen Volksbewußtseins an diesem Stand zwingend hervorgebrachten Veränderungen in Bezug auf alle seine Rechte (und Pflichten) ebenso frei, ja mit noch größerer sinnlicher Evidenz von Freiheit, unterworfen, wie bei dem Erwerb aller Rechte überhaupt.

Um dieser begrifflichen Willensunterwerfung halber kann also der als causa remota wirkende individuelle Wille, in diesen Stand eingetreten zu sein, ebenso wenig als Einwand geltend gemacht und als denaturirt behauptet werden, als z. B. ein in einem Staate naturalisirter Ausländer die Einrede erheben könnte, es dürfe dieses oder jenes zwingende Gesetz mindestens nicht mit Bezug auf ihn erlassen werden, weil er gar nicht in diesen Staat eingetreten sein würde, wenn er diesen Gesetzwechsel vorausgewußt hätte — was factisch allerdings hin und wieder zutreffen können mag. Wie der Eintritt in den Staat dem Begriffe nach die freiwillige Unterwerfung unter dies gemeinsame Volksbewußtsein für alles in zwingender Weise aus ihm Fließende, so constituirt der Eintritt in den Stand eine ebensolche Unterwerfung unter das aus diesem Volksbewußtsein für diesen bestimmten Stand zwingend Herfließende.

Allein die Novelle 5, Kap. 5, von der wir bei dieser Erörterung ausgingen, ist in der uns beschäftigenden Hinsicht, obwol aus religiösen und sittlichen Motiven erlassen, dennoch kein zwingendes Gesetz. Sie ist dies nicht, weil sie, wie sehr sie auch den Anfall des Vermögens an das Kloster begünstigt, dennoch die Privatwillkür nicht bricht, sondern den Eintretenden freistellt, vor ihrem Eintritt ins Kloster in jeder beliebigen andern Weise über ihr Vermögen zu verfügen. Und weil sie dies thut, weil also auch bei den von jetzt ab Eintretenden die Entäußerung des Vermögens an das Kloster nur vermittelt wird durch die freie Willensaction der nicht vorhergehenden anderweitigen Verfügung[1], durfte sie nicht auf die früher Eingetretenen angewendet werden.[2])

[1] Vgl. über Unterlassungen.

[2] Wohl aber hätte Justinian nicht nöthig gehabt, denselben die Vermögensfähigkeit fortdauernd zu lassen; er hätte ihnen also einen Zeitraum stellen können, innerhalb dessen sie gleich solchen, die jetzt erst eintreten wollen, über ihr bisheriges Vermögen verfügen konnten und nach Ablauf dessen ihnen Vermögen wie Vermögensfähigkeit entzogen sein sollte.

Wie sehr der eben entwickelte Unterschied bei Justinian selbst zur Anerkennung kommt, zeigt sich sofort an der sehr verwandten L. 42 C. de episcopis etc. (1, 3). Justinian findet es daselbst erforderlich, daß die Bischöfe ein gottgeweihtes, das Geld verachtendes Leben führen, weshalb nunmehr auch nur solche zu Bischöfen gewählt werden sollen, die weder Kinder noch Nepoten haben. Aus diesen Gründen verordnet nun Justinian in §. 2, daß die Bischöfe nicht mehr die Fähigkeit haben sollen, über das von ihnen nach dem Episkopatsantritt erworbene Vermögen zu testiren, oder es zu verschenken, oder es, in welcher Weise es immer sei, zu veräußern. Sondern dasselbe solle zu der Episkopatskirche gehören und von ihr vindicirt werden. Ausgenommen hiervon wird nur das von den Bischöfen vor dem Amtsantritt besessene oder seit demselben von gewissen Verwandten geerbte Vermögen.

War nun dieses Gesetz, gleichfalls wie das vorige, nur auf solche zu erstrecken, die von jetzt ab Bischöfe werden, und resp. auf das Vermögen, das sie von jetzt ab erwerben würden? Oder war es im Gegensatz zu der Novelle 5, Kap. 5, auch auf solche auszudehnen, die schon vor dem Erlaß desselben Bischöfe geworden waren, und auch auf das Vermögen, das sie schon vor diesem Erlaß erworben hatten? Das Gesetz ist ein zwingendes, denn es läßt keinem Individuum die Freiheit mehr, nach dem Episkopatsantritt noch Vermögen für sich selbst zu erwerben.[1] Ebendeshalb mußten nach der entwickelten Theorie auch die schon vor dem Gesetz in das Episkopat Eingetretenen, und zwar auch in Bezug auf das schon vor dem Gesetz seit ihrem Amtsantritt erworbene Vermögen augenblicklich von dem Gesetze betroffen werden.

Und genau so entscheidet Justinian selbst diese Frage in den Worten des §. 2: „Qui vero episcopi *vel nunc sunt*, *vel futuri sunt*, eos sancimus nullo modo habere facultatem testandi vel donandi vel per aliam quamcunque machinationem alienandi quid de rebus suis quas postquam *facti sunt episcopi*, *obtinuerunt*[2] vel ex testamentis etc. etc." Und ferner: „Quaecunque vero post ordinationem ex quacunque causa, sicut diximus, praeterquam ex praefatis personis, ad ipsos *pervenerunt*[3], ea jubemus ad sanctissimam ecclesiam cujus episcopatum *tenebant* pertinere etc. etc."

---

[1] Außer in dem ausgenommenen und von dem Gesetz daher überhaupt nicht betroffenen Falle der Erbschaft in den daselbst bestimmten Verwandtschaftsgraden.

[2] Im griechischen Text: „... περιουσίας, ἣν μετὰ τὸ γενέσθαι ἐπίσκοποι ἐκτήσαντο κ. τ. λ."

[3] Im griechischen Text: „... πάντα δὲ, ὅσα ... εἰς αὐτοὺς περιῆλθη κ. τ. λ."

Schließlich wollen wir endlich noch eines Justinianischen Gesetzes über die adscriptitii erwähnen, welches gerade wegen der dialektischen Natur der dabei in Betracht kommenden Verhältnisse und der dadurch in Justinian selbst hervorgerufenen Schwankungen deutlich zeigt, wie unleugbar der römische Gesetzgeber unter der instinctiven Herrschaft des von uns entwickelten speculativen Begriffs stand.

In Bezug auf die Sklaven bestand seit je die Regel: Infans ventris statum sequitur, sodaß also ein von einem Sklaven und einer Freien erzeugtes Kind dem Stande der Freien angehörte. Anders verhielt sich dies bei dem Colonat. Hier sollte ein von einer freien und einer der adscriptitia conditio angehörigen Person erzeugtes Kind immer der adscriptitia fortuna folgen.

Dies will Justinian ändern und erläßt deshalb folgendes Gesetz[1]: „Si qui adscriptitiae conditionis constituti mulieres liberas quacunque mense aut quacunque machinatione, sive scientibus, sive ignorantibus dominis sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua libertate permanere tam eas *quam prolem quae ex his cognoscitur procreata*, sancimus; illo procul dubio observando, ut, si ex libero marito et adscriptitia uxore partus fuerit editus, is maternae conditionis maculam et non paternam sequatur libertatem."

Es sollen also jetzt die von einem solchen Manne und einer freien Frau erzeugten Kinder von der adscriptitia conditio frei sein.

War nun dies Gesetz der Rechtsidee zufolge auch schon auf die geborenen Kinder dieser Kategorie, oder erst auf die zukünftig erzeugten anzuwenden? Zunächst scheint es die Berechtigten nicht durch eine Vermittelung ihrer individuellen Willensaction zu treffen und deshalb auch auf alle schon existirenden Kinder anwendbar zu sein. Denn das Gesetz macht nicht einmal einen Unterschied, ob die Ehe dominis scientibus oder ignorantibus geschlossen sei. Es betrachtet somit die Befreiung von der adscriptitia conditio lediglich als einen Ausfluß der Thatsache, von einer unabhängigen Mutter geboren zu sein. Da sich das Factum dieser Abstammung zunächst als eine von der Willenshandlung der Herren unabhängige natürliche Qualität des Kindes darstellt, so scheint das Gesetz, da es bei seiner sofortigen Anwendung keine Willenshandlung denaturirt, augenblicklich auf alle solche Kinder wirken zu müssen, zumal da es sich auch offenbar in ein Prohibitivgesetz aufzulösen scheint, des Inhalts: Kinder dieser Abstammung können nicht hörig sein.

Und dies ist auch die erste Ansicht Justinian's. Die Worte: „si qui . . . sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua liber-

[1] L. ult. C. de agricol. etc. (11, 47).

tate permanere tam eas quam prolem quae ex his *cognoscitur procreata*", können nach ihrer grammatikalischen Bestimmtheit auch nicht den geringsten Zweifel darüber lassen, daß das Gesetz auch die schon aus den bestehenden Ehen dieser Art bereits geborenen Kinder treffen sollte.

Aber es trat bei diesem Gesetz ein eigenthümlicher Umstand hervor, der nochmals auf dasselbe zurückzukommen nöthigte.

Durch die natürliche Dialektik des Lebensalters werden aus Kindern Jünglinge, Männer, Greise; und dennoch bleiben sie immer die Kinder ihrer Aeltern. War dies Gesetz also auch auf die gegenwärtigen Männer und Greise anzuwenden, die einen hörigen Vater und eine nichthörige Mutter gehabt hatten? Diese Frage war es, welche Justinian zwang, nochmals in der Novelle 54 auf dies Gesetz zurückzukommen. Er berichtet uns darin im Eingang: In eine seiner Constitutionen, die doch gar nichts Dunkles habe, hätten Einige absichtlich eine Dunkelheit hineingebracht, denn: „Quidam autem adeo stulte vel dolose legem interpretari ausi sunt, ut, etsi quidam ante constitutionem *nati* fuerint, *et licet admodum senes sint*, eos liberari putent *tanquam modo natos et qui non longe legem praecesserint* etc.", worauf er denn erklärt, es sei sein Wille gewesen, es sollen die Kinder befreit sein, wenn zwar auch die Ehen, denen sie entstammen, schon vor dem Gesetz geschlossen worden, aber immer nur dann, wenn die Geburt der Kinder nach demselben erfolgt sei.

Das Interessante, das wir aus diesem Bericht erfahren, ist erstens, daß es damals wirklich römische Juristen gab, welche glaubten, es müsse jene durchgreifende Anwendung von dem Gesetz gemacht und selbst Männer oder Greise dieser Abstammung als durch dasselbe aus dem Colonatsverhältniß befreit angesehen werden. Ferner ersehen wir daraus nicht undeutlich, daß Justinian selbst gegen die Anwendung des Gesetzes auf erst kurz vor demselben geborene Kinder (die modo nati) kaum viel einzuwenden gehabt haben würde. Nur die Anwendung des Gesetzes auf schon Erwachsene — licet admodum senes sint — widerstrebte ihm besonders. Die Schwierigkeit der Abgrenzung trieb aber von selbst zu einer principiellen Lösung. Und diese gibt Justinian jetzt dahin, daß nur die Ehe, nicht auch schon die Geburt der Kinder, vor dem Gesetz erfolgt sein dürfe.

Ist diese Entscheidung eine richtige? Sie ist es, wie in dem Folgenden nachgewiesen werden wird. Dabei fällt es uns natürlich keineswegs ein, zu behaupten, daß die complicirten Gründe dieser verwickelten Frage dem Bewußtsein Justinian's in der von uns aufzuzeigenden Gestalt gegenwärtig gewesen wären. Ihn bestimmte wahrscheinlich besonders der durch jene andere Auslegung den Berechtigten entstehende, nicht wohl übersehbare Vermögensschaden, und in dieser Rücksicht selbst waren

eben instinctiv die Momente thätig, deren für das Rechtsgefühl vorhandene Unmittelbarkeit die begriffliche Betrachtung nur in wahre Sichselbstdurchsichtigkeit erhebt.

Das Colonat gehört zu den Verhältnissen des Familienrechts, von denen es eine künstliche Erweiterung bildet.[1]

Es trifft somit zu, daß die Qualität der Hörigkeit jener Kinder in Bezug auf die domini, weil durch das Familienrecht vermittelt (s. oben §. 2, A.), ein erworbenes, nicht lege sola verliehenes Recht derselben bildet. Das Verhältniß zwischen den durch Geburt entstandenen Kindern und den domini ist also nach beiden Seiten hin so anzusehen, als wenn es zwischen ihnen durch individuelle Willensaction entstanden wäre.

Allein dies würde zur Rechtfertigung der Entscheidung Justinian's nur dann hinreichen, wenn das fragliche Gesetz nicht ein prohibitives wäre, wie wir in §. 7 und soeben noch an den Gesetzen gesehen haben, welche verfügten, daß väterliche Gewalt an Söhnen von bestimmter Beschaffenheit (Consuln u. s. w.) nicht mehr solle sein können.

Nun ist das Gesetz freilich kein prohibitives in jener weitesten Ausdehnung, daß es Recht auf Hörigkeit von Menschen überhaupt aufhebt und aus der individuellen Eigenthumssphäre hinauswirft.

Vielmehr kann adscriptitia conditio nach wie vor bestehen und von den dominis an den Kindern der Hörigen erworben werden.

Allein, kann man sagen, wenn das Gesetz auch nicht aufhebt, daß das Recht auf Hörigkeit überhaupt noch erworben werden kann, so hebt es doch auf, daß es an so und so qualificirten Kindern erworben werden kann, an Kindern, die von einer freien Mutter abstammen. In Hinsicht auf Kinder dieser Abstammung ist also Prohibition da, und zwar ein Prohibitivgesetz erster Klasse (s. S. 211 fg.), da es erklärt, daß Hörigkeit an solchen Kindern überhaupt nicht mehr solle erworben werden können. Und folglich hätte das Gesetz auch auf alle schon entstandene Hörigkeitsverhältnisse solcher Kinder angewendet werden müssen.

Sicherlich, wer das in Rede stehende Gesetz allein betrachtet, wird dieser Ansicht sein müssen. Allein sie beseitigt sich von selbst, wenn man die Rechtsverhältnisse des Colonats überhaupt ins Auge faßt.

Diese Kritik wäre dann ganz zutreffend, wenn das Colonatsverhältniß nur durch Geburt (originarii) hätte entstehen können. Dann konnte von nun ab Hörigkeit von Geborenen dieser bestimmten Art

---

[1] Savigny, System, I, 360 fg.; Böcking, Einleitung in die Pandekten u. s. w., I, 222.

gar nicht mehr erworben werden, war somit aus der individuellen Willensherrschaft oder der Eigenthumssphäre herausgefallen, und mußte ebendeshalb, wie in §. 7 gezeigt ist, auf die schon geborenen Kinder dieser Art einwirken.

Allein das Colonatsverhältniß konnte nicht blos durch Geburt, es konnte auch durch *Verjährung* und infolge eines Gesetzes Valentinian's III. auch durch *Vertrag* mit ganz *Freien* entstehen.[1]

Hieran ward nichts geändert. Es war also auch fernerhin durchaus *nicht* prohibirt, daß ein von einer *freien Mutter*, ja nach beiden Seiten von *freien* Aeltern Abstammender in Hörigkeit treten können solle. Dies konnte durch *individuelle Willenshandlung* noch immer gültig erworben werden. Indem aber um der Natur des Familienrechts willen die schon durch Geburt entstandenen Verhältnisse dieser Art *gleichfalls* als durch individuelle Willenshandlung begründet angesehen werden mußten, konnte also auf sie nicht eingewirkt werden. — Oder mit andern Worten: das Gesetz verhielt sich nur prohibitiv zu einer *bestimmten Bedingung*, unter welcher Recht auf Hörigkeit erworben werden konnte, nämlich zu der Bedingung jener *repräsentativen Willenshandlung*, welche für das Kind in dem Factum seiner Erzeugung liegt; es verhielt sich aber *nicht* prohibitiv zu den *andern* Bedingungen, dies Recht an Menschen derselben Abstammung zu erwerben: Verjährung, Vertrag. Es war somit nur ein Prohibitivgesetz von der *zweiten* der auf S. 211 fg. unterschiedenen Klassen, und konnte somit auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse nicht einwirken.

B.

Wir haben oben S. 62 fg. gegen Savigny gezeigt, daß die durch das natürliche Alter der Großjährigkeit erlangte Handlungsfähigkeit kein erworbenes Recht bildet, und daß daher ein neues Gesetz, welches ein höheres Alter zur Majorennität fordert, die nach dem bisherigen Gesetze bereits durch ihr Alter Großjährigen wieder in Minorität versetzt.

Hier wollen wir nur noch hinzufügen, wie die von Savigny adoptirte Meinung, daß die einmal eingetretene Majorennität durch ein neues Gesetz nicht wieder entzogen werden könne, so sehr in Widerspruch mit seiner eigenen Theorie über den Zustand der Person an sich steht, daß

---

[1] Siehe in den Abhandlungen der histor.-philolog. Klasse der Akademie der Wissenschaften zu Berlin pro 1822/23 die Abhandlung Savigny's über den römischen Colonat, S. 5 fg.

ſie deswegen ſchon von bedeutenden Juriſten aufgegeben worden iſt. So von Daniels (Lehrbuch, I, 156) und Hierſemenzel, Ergänzungen zum Allg. Landrecht, I, 47.

Ferner mag darauf aufmerkſam gemacht werden, daß unſere Entſcheidung dieſer Frage in völliger Uebereinſtimmung mit der Entſcheidung der alten Jurisprudenz ſteht, daß bei einer örtlichen Colliſion der Statuten immer nur die Geſetze des gegenwärtigen, nicht des frühern Domicils über die Großjährigkeit entſcheiden.[1] So Voët (Comm. in Pandect tit. de minoribus, No. 10; vgl. daſ. tit. de judiciis, No. 101), Rodenburg (de jure quod oriturex statutorum diversitate, pars II, tit. II), Burgundus (Profeſſor der Rechte zu Ingolſtadt, in ſeinen Tractatus ad consuetudines Flandriae, tract. II, No. 7 etc.), Lauterbach (in ſeiner Diſſertation de domicilio, disp. 70, No. 69)[2] u. ſ. w.

Endlich ſteht damit die conſtante Jurisprudenz des franzöſiſchen Caſſationshofes in Einklang.

---

[1] Vgl. oben §. 13.

[2] ... Si quis 21 annis major ex foro Saxonico transtulisset domicilium in forum Würtembergicum (wo man nämlich erſt mit 25 Jahren großjährig wurde), quamvis ibi major fuerit (in foro enim Saxonico majores dicuntur qui vigesimum primum aetatis annum impleverunt) et omnium majorum jura habuerit, hic tamen esset minor, et juribus minorum uti teneretur, ita ut sine curatoris consensu sese contrahendo obligare non posset.

II. Jura in re.

A. Pachtrecht.

Eine das Mieth- und Pachtrecht betreffende Frage hat zu einer sehr lebhaften Controverse Veranlassung gegeben.

Unter dem Römischen Recht, welches außer dem Eigenthum nur eine sehr kleine Zahl dinglicher Rechte kennt, stellt das Mieth- und Pachtrecht bekanntlich ein blos persönliches Recht des Miethers dar. — Umgekehrt geht unter dem Allg. Landrecht jedes an sich selbst blos persönliche Recht des Gebrauchs in ein dingliches über, wenn dem Nutzungsberechtigten der Besitz der Sache eingeräumt ist. Es ist also hier das Recht der in Besitz getretenen Pächter und Miether ein dingliches Recht.

Dies gab zu der Frage Veranlassung, ob, wenn während eines unter Römischem Recht eingetretenen Pachtverhältnisses das Landrecht eingeführt wird, hierdurch das Recht der in Besitz befindlichen Pächter zu einem dinglichen wird. Mit andern Worten: ob die L. 9 C. de locat. et cond. (4, 65), oder die Regel: Kauf bricht Miethe, fortfährt, die bereits bestehenden Pachtverhältnisse zu regieren.

Savigny (VIII, 424 fg. und 441 fg.) entscheidet diese Frage bejahend, und zwar aus dem Grunde, weil „die Frage wegen des dinglichen Rechts der Miether lediglich zu der Gattung von Rechtsregeln gehört, welche sich auf den Erwerb der Rechte beziehen, also in dasjenige Gebiet, worin der die rückwirkende Kraft der Gesetze ausschließende Grundsatz anwendbar ist". Allein die Unhaltbarkeit dieses Grundes ist einleuchtend. Sehr richtig wendet bereits Bornemann (a. a. O., S. 34) ein, daß nach Savigny's eigener Theorie die Frage, ob das Miethsverhältniß ein persönliches oder ein dingliches Recht sein solle, und folgeweise, ob die Regel: Kauf bricht Miethe, gelten solle oder nicht, zu den

Gesetzen gehöre, welche sich nicht auf den Erwerb der Rechte, sondern auf die Beschaffenheit des erworbenen Rechts beziehen, somit zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte, die gerade nach Savigny's Theorie rückwirken müssen.

Es tritt hier nur von neuem die schwankende und ineinander übergehende Natur dieser Verstandesabstractionen zu Tage, die wir bereits früher (vgl. oben S. 318 fg.) aufgezeigt haben. Stellt man sich auf den Standpunkt des Pachters bei Abschließung des Pachtcontracts, so gehört für ihn die Frage, ob er ein persönliches oder dingliches Recht, ein im gewissen Falle widerrufliches oder ein für die Contractsdauer unwiderrufliches Benutzungsrecht der Sache erwerben wird, ganz unbedingt zu dem Erwerb der Rechte, die er durch den Pachtvertrag erlangt.

Stellt man sich umgekehrt auf den Standpunkt des Gesetzgebungssystems, so ist es ebenso unbedingt richtig, daß die Eintheilung der Rechte in persönliche und dingliche und die organisatorische Bestimmung, welche Rechte die Natur der persönlichen und welche diejenige der dinglichen Rechte haben sollen, durchaus zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte gehört.

Man sieht also, wie diese, weil sie den Begriff nicht in sich enthalten, nur scheinbaren und den Verstand, der sie seiner Natur nach nicht bemeistern kann, sich einander wie einen Ball in die Arme werfenden Kategorien unfähig sind, das Princip der Entscheidung zu enthalten, und wie im vorliegenden Fall die Frage gerade nach Savigny's eigener Theorie weit mehr dahin entschieden werden müßte, daß infolge des Gesetzwechsels die Dinglichkeit des Pachtrechts eintritt und folgeweise die Regel: Kauf bricht Miethe, ihre Geltung für die bestehenden Pachtverhältnisse verliert.

In der That ist Bornemann dieser Ansicht. Weil er aber, da er Savigny's Theorie im allgemeinen verwirft, diese Ansicht nicht dadurch für gerechtfertigt halten kann, daß das Gesetz ein über das Dasein der Rechte handelndes ist, begründet er sie (a. a. O., S. 32—35), übereinstimmend mit Göschel[1], folgendermaßen: Der Grundsatz, Kauf bricht Miethe, gebe nicht dem Vermiether, sondern nur dem Käufer das Recht, den Miether aus dem Besitze zu setzen; und zwar nicht auf Grund des Miethvertrags, der bei dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung vielmehr dem Miether zur Seite stehe, sondern weil der Miether nach dem bestehenden Gesetze ein blos persönliches, den Käufer nicht bindendes Recht habe. Die gegenseitigen vertragsmäßigen Rechte von Miether und Vermiether würden daher durch diesen Grundsatz gar nicht berührt, son-

[1] In Simon und Strampff's Zeitschrift, II, 25. — Mit Savigny stimmt überein: Holzschuher, Theorie, I, 37.

dern lediglich das Verhältniß des Miethers zu dritten Personen würde geändert. Diese dritten Personen — die Käufer — fänden also, wenn der Kauf erst nach dem Gesetzwechsel eintritt, gar kein Recht vor, das sie erwerben könnten. Und wenn selbst der Kauf vor dem Gesetzwechsel eingetreten, so hätten sie, falls sie nicht auch vor demselben schon ihre Ansprüche auf Räumung gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht hätten, durch den Gesetzwechsel nur eine abstracte gesetzliche Befugniß [1], nicht ein erworbenes Recht verloren.

Auf diese Argumentation ist zunächst zu bemerken, daß sie die eigentlich hier obwaltende Frage zu umgehen sucht. Denn läßt man selbst die Richtigkeit dieser Begründung einen Augenblick dahingestellt, so paßt dieselbe doch schon gar nicht mehr auf den umgekehrten Fall, wenn nämlich auf das Landrecht das Römische Recht, also auf die Dinglichkeit des Pachtrechts die Persönlichkeit desselben folgt. Wird hier Bornemann leugnen wollen, daß die Dinglichkeit des Rechts, also die Regel: Kauf solle Miethe nicht brechen, wenn auch der Pachtcontract sie nicht ausdrücklich enthält, das erworbene, ergriffene Recht des Pachters bildet?

Unmöglich wird man bestreiten können, daß hier die Dinglichkeit des eingeräumten Rechts ein „zwischen dem Vermiether und Miether begründetes Rechtsverhältniß" ist, daß hier die Unmöglichkeit, einem Käufer das Recht zu übertragen, den Miether außer Besitz zu setzen, zu dem vom Vermiether dem Miether gegenüber eingegangenen Rechtsverhältniß gehört. Folglich würde wol auch Bornemann in diesem Falle, den er sich zu setzen vermeidet, dahin entscheiden müssen, daß dem Miether die Dinglichkeit seines Rechts und also der Schutz der Regel: Kauf bricht Miethe nicht, für die Contractsdauer verbleibt. Dann aber würde es bei der innern begrifflichen Identität jener beiden Fälle schon in hohem Grade auffällig und unbegreiflich sein, warum bei dem in der einen Richtung hin stattfindenden Gesetzwechsel das persönliche Recht des Pachters zu einem dinglichen werden und bei dem in entgegengesetzter Richtung stattfindenden Gesetzwechsel das dingliche Recht des Pachters nicht zu einem persönlichen werden soll.

---

[1] Letzteres ist — abgesehen noch von der nachfolgenden Widerlegung der gesammten Argumentation — eine ganz besonders merkwürdige Meinung. Man sollte doch glauben, daß durch einen Kaufcontract die Rechte, welche Contract oder bestehendes Gesetz an diese Handlung des Kaufens knüpft, erworben und also zu erworbenen Rechten werden! Ist dies unleugbar, so zeigt sich schon dadurch hinreichend die Unrichtigkeit von B.'s Ansicht; denn sie könnte dann nur gelten, wenn auch schon der Kauf nach, nicht vor dem Gesetzwechsel erfolgt wäre. Genau diese letztere Ansicht wurde übrigens aufgestellt von dem A. H. von Dijon durch Urtheil vom 29. Prairial XIII.

Es ist inzwischen die Unrichtigkeit von Bornemann's und Göschel's Begründung auch leicht nachzuweisen.

Es ist richtig, daß der Grundsatz: Kauf bricht Miethe, nicht dem Vermiether, sondern nur dem Käufer das Recht gibt, den Pachter aus dem Besitz zu setzen. Aber es ist sehr falsch, hieraus zu folgern, daß er dem Vermiether deshalb gar kein Recht gibt. Er gibt ihm nämlich gerade das Recht, den Käufer mit diesem Rechte auszurüsten. Er reservirt ihm das Recht, dem Käufer unmittelbar das directe Nutzungsrecht mit dem Eigenthum zugleich einzuräumen, wenn er auch für sich selbst der directen Form dieses Nutzungsrechts für bestimmte Zeit entsagt hat. Dies bestimmte vom Vermiether sich vorbehaltene Recht ist durchaus ein ihn selbst berührendes Recht, wie es auch realiter beim Verkauf einen großen Einfluß auf den Kaufpreis auszuüben vermag, ob der Verkäufer im Stande ist, den Käufer in den sofortigen Besitz der Sache zu setzen, und andererseits ebenso bedeutend bei der Bestimmung des Pachtpreises einwirkt, ob die Pacht zu jeder Zeit durch ein zufälliges Ereigniß gebrochen werden kann oder nicht. Es trifft sich hier, wie immer, daß das theoretisch Falsche auch den praktischen Hergang des gemeinen Lebens verfehlt.

Steht aber einmal fest, daß dies Recht ein zwischen dem Vermiether und Miether bestehendes Rechtsverhältniß ist, so fallen alle Folgerungen Bornemann's von selbst fort. Die dritte Person, der Käufer, wird dann mit dieser Befugniß nicht blos vom Gesetze befaßt, sondern erwirbt sie vom Verkäufer als dessen beim Pachtcontract vorbehaltenes Recht, erwirbt sie somit ebenso sehr nach wie vor dem Fortfalle des dem Käufer diese Befugniß zusprechenden Gesetzes. Ob der Vermiether dies Recht sich ausdrücklich oder stillschweigend im Contract vorbehielt, ist ganz von derselben Wirkung nach der feststehenden Rechtstheorie, daß bei Verträgen die zur Zeit des Contracts bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die keiner ausdrücklichen Festsetzung unterworfenen Punkte als die Willensverabredungen der Parteien gelten, und nach der von jeder Gesetzgebung anerkannten römischen Regel: Eadem vis inest tacitis et expressis. Im vorliegenden Falle dieselbe etwa leugnen zu wollen, wäre ganz besonders unglücklich. Denn unmöglich wird man annehmen können, daß bei einer Verpachtung Eigenthümer und Pachter über die vorliegende Frage gar keinen Willen gehabt hätten. Ueberdies ist dies Recht dem Vermiether schon dadurch allein vorbehalten, das es nicht abgetreten ist.

Der Pachter kann doch keine andern Rechte auf die Sache haben, als diejenigen, welche er von dem Eigenthümer entweder ausdrücklich oder stillschweigend erworben hat. Nun hat sich bei dem Schweigen des Vertrags und der gesetzlichen Regel, daß Kauf Miethe breche, der Ver-

miether jenes Rechts weder ausdrücklich noch stillschweigend begeben: es ist also dies Recht hierdurch allein ein von ihm vorbehaltener Ausfluß seines Eigenthumsrechts.

Die Bornemann'sche Beweisführung trifft also ebenso wenig zu, wie die Savigny's.

Zu demselben Resultat, wie Bornemann, gelangt Weber[1] aus seinem ganz unhaltbaren und bereits lange verworfenen allgemeinen Grunde, daß der Miethvertrag nicht an sich ungültig sei, sondern nur durch die Klage des Käufers entkräftet werde.

Fragt man nun nach dem wirklichen Sachverhalt, so ist derselbe ein überaus einfacher und leichter, zu dessen Nachweis weniger Athem erforderlich ist, als zur Widerlegung der kritisirten schiefen Gründe.

Ein Gesetz, welches die Regel aufhebt: Kauf bricht Miethe (oder umgekehrt sie einführt), würde durch seine Anwendung auf die bestehenden Pachtverhältnisse die Berechtigten durch Vermittelung einer individuellen Willenshandlung derselben — den Pachtvertrag — treffen. Es würde also allerdings, und zwar in beiden Fällen, dort beim Vermiether, hier beim Miether eine individuelle Willenshandlung denaturiren und somit erworbene Rechte kränken. Erworbene Rechte weichen nur prohibitiven Gesetzen (§. 7). Die ganze Frage reducirt sich also auf die andere Frage: Ist die Regel: Kauf bricht Miethe (oder: bricht nicht Miethe), ein prohibitives Gesetz, d. h. würde sie, auch wo sie Ausfluß der Persönlichkeit oder Dinglichkeit des Pachtrechts ist, die Parteien hindern, in dem Pachtcontract die ausdrückliche Stipulation zu treffen, es solle der Miether durch Veräußerung nicht in die Lage versetzt werden können (oder umgekehrt), räumen zu müssen? Offenbar würden aber die Parteien an einer solchen ausdrücklichen Stipulation auch unter dem neuen Gesetze durchaus nicht gehindert sein. Sie wäre auch da nicht gültig, wo die Regel: Kauf bricht Miethe, nicht eine vereinzelte Bestimmung, sondern Ausfluß der Persönlichkeit des Rechts, und die Befugniß zur Exmission des Pachters daher peremtorische Folge des Eigenthumsrechts ist. Denn niemals ist es prohibirt gewesen, Eigenthum und Nutzungsrecht in der Weise auf bestimmte Zeit zu trennen, daß mit dem Einen nicht auch das Andere erlangt wird. Zum Beweise, wie die in Rede stehende Regel nur eine vermittelnde, das Abweichen der Privatwillkür freigebende ist, kann der Art. 1743 des Code Nap. dienen: „Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur *ne peut* expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit *réservé ce droit par le contrat de bail.*"

[1] A. a. O., S. 117—121.

Hier wird also die Regel, daß Kauf Miethe nicht breche, als die gesetzliche aufgestellt, zugleich aber ausdrücklich die Befugniß des Privatwillens zu entgegengesetzter Stipulation anerkannt.

Auch kann man diese Bestimmung nicht etwa auf die bekannte Zweifelhaftigkeit der unter den französischen Autoren so streitigen Frage, ob das Pachtrecht nach dem Code civil ein persönliches oder dingliches Recht sei, gründen wollen. Denn den besten Beweis des nicht prohibitiven Charakters der Regel, daß Kauf Miethe bricht, gibt die römische Lex emtori selbst[1]: „Emtori quidem fundi necesse non est, stare colonam cui prior dominus locavit, *nisi ea lege emit.*"

Da also diese (und resp. die umgekehrte) Regel auch nach ihrer gesetzlichen Aufhebung immer noch durch ausdrückliche Stipulation der Parteien verabredet werden könnte, so wirkt sie in Bezug auf die bereits bestehenden unter ihrer gesetzlichen Geltung eingegangenen Pachtverhältnisse als die stillschweigende Willensverabredung der Parteien fort.

B. Familienfideicommisse des deutschen Rechts.

Wir haben im theoretischen Theil (S. 182 fg., 184 fg., 293 fg.) bereits hin und wieder die Frage beleuchtet, was bei der Aufhebung der Fideicommisse in Bezug auf die bestehenden fideicommissarischen Güter der Rechtsidee zufolge eintreten müsse. Wir haben die Gesetze des französischen Convents hierüber betrachtet, und was wir bisher darüber gesagt, konnte den Anschein erregen, als wenn wir mit der Entscheidung desselben einverstanden seien, daß die Fideicommisse bei ihrer Aufhebung freies Eigenthum in der Hand ihrer zeitigen Besitzer werden müßten.

Weiter ließ sich daselbst, ohne die Entwickelung der Theorie durch das Eingehen auf Specialinstitute zu verwirren, die Untersuchung nicht führen.

Allein was wir dort gesagt haben, hatte nur die Bedeutung eines Negativen, hatte nur die Bedeutung aufzuzeigen, daß keinesfalls die bereits lebenden Anwärter auch nur des nächsten Grades den Fortbestand der fideicommissarischen Substitution fordern und ihre Abolition als eine Kränkung erworbener Rechte ausgeben könnten.

Die wahrhafte, jetzt erst zu erörternde Frage aber ist die: Müssen und resp. können die Fideicommisse freies Eigenthum in der Hand ihrer

---

[1] L. 9 C de locat. et cond. (4, 65).

gegenwärtigen Besitzer werden? Oder müssen sie nicht vielmehr, wie ein jetzt erst zur Vererbung gelangendes Eigenthum, zwischen dem gegenwärtigen Besitzer und den nach Maßgabe des gemeinen Erbrechts des Landes in gleichem Grade erbberechtigten Familiengliedern des Fideicommißstifters aus derselben Linie[1] zur Theilung kommen?

Das bloße Aufwerfen dieser zweiten Frage kann bereits, weil allen hergebrachten Ueberlieferungen widersprechend, in hohem Grade paradox erscheinen! Und doch wird sich zeigen, daß bei sorgfältigerer Untersuchung die unbedingteste Bejahung derselben keinem Zweifel unterliegen kann!

Zunächst wird so viel zu absoluter Gewißheit gebracht werden können, daß die Entscheidung dieser Frage ganz und gar von der Beantwortung der andern Frage abhängt: Ist der Fideicommißbesitzer als ein wahrer, wenn auch beschwerter Eigenthümer des Fideicommisses, oder ist er als bloßer Nutzungseigenthümer desselben und das Eigenthum an der Substanz als bei der gesammten Familiendescendenz des Fideicommißstifters ruhend zu denken?

Ist der Fideicommißbesitzer beschwerter Eigenthümer, so ist nichts klarer, als daß die französischen Gesetze über die Aufhebung der Fideicommisse vollständig rechtmäßig und in der Ordnung sind.

Der Fideicommißbesitzer war dann schon vor dem Gesetz beschränkter Eigenthümer der Substanz und wird nun, indem diese Beschränkungen durch ein prohibitives Gesetz untergehen, nothwendig und von selbst unbeschränkter Eigenthümer. Nichts kann einfacher und weniger zu beanstanden sein.

Nichts kann aber auch klarer sein, als daß derselbe praktische Hergang dann unmöglich ist, wenn das bisherige Subject und der wahre Eigenthümer der Fideicommißsubstanz vielmehr die gesammte Familiendescendenz des Stifters war, deren deshalb nicht auf den letzten Besitzer, sondern stets auf den ursprünglichen Stifter zurückgehendes Successionsrecht nur lebendig werden und ausgeübt werden sollte in der vom Stifter vorgeschriebenen Successionsordnung, und eben wegen dieses der gesammten Familiendescendenz in perpetuum übertragenen Eigenthums jeder an der Reihe befindliche zeitige Ausüber desselben nur mit dem Eigenthum an den Nutzungen befaßt sein sollte.

Denn dann würde vielmehr und zwar gerade nach demselben, den französischen Gesetzen innerlich zu Grunde liegenden Princip, daß das fideicommissarische Eigenthum durch Aufhebung der fideicommissarischen Einschränkung freies Eigenthum in der Hand seines gegenwärtigen

[1] Ueber diese Einschränkung „aus derselben Linie" siehe am Ende dieser Ausführung über die heredes regredientes.

Eigenthümers werde, durchaus erforderlich sein, daß dasselbe jetzt zum freien Eigenthum der Familie — als des wahren und durch die fideicommissarische Successionsordnung gebundenen Eigenthümers — werde. Oder auch — und dies ist nur eine verschiedene, den Rechtsgrund schärfer betonende Ausdrucksweise — : zum freien Eigenthum der perpetuellen Familie, der schon ursprünglich vom Stifter das Eigenthum an der Substanz übertragen worden ist, vertreten durch alle gegenwärtigen Rechtssubjecte dieses perpetuirlichen Familienbegriffs, die sich in gleicher erbrechtlicher Nähe, wie der Besitzer, zum Stifter befinden. —

Durch die Aufhebung von Fideicommissen geht gerade eben dies zu Grunde, daß der perpetuellen Familiendescendenz auch in ihren zukünftigen Generationen Eigenthum übertragen werden kann. Indem die Prohibition nicht weiter geführt werden darf, als der Inhalt des prohibitiven Rechtsbewußtseins reicht (§. 7), sinkt das Eigenthum der perpetuellen Familie, die überhaupt, als noch nicht geboren, auch kein Recht erworben haben kann, zum Eigenthum der actuellen Familie zusammen. Jede andere Anordnung der Sache heißt, wie wir bald sehen werden, wahrhaft rückwirken, um scheinbare Rückwirkung zu vermeiden! Mit dem Successionsrecht der perpetuellen künftigen Familie fällt dann die vom Stifter nur zu der Erhaltung dieses Rechts vorgeschriebene Successionsordnung von selbst fort, ja sie hat als bloße Vorschrift über das Einrücken in den Besitz des unveräußerlichen Familieneigenthums, also in die Nutzung desselben, mit dem Eigenthum der Substanz überhaupt nichts zu thun. Es ist eine Nutzungsordnung an dem der Familie übertragenen Eigenthum, welche Ordnung durch die Aufhebung des Eigenthumsrechts der künftigen Descendenten, die zugleich von selbst auch die Aufhebung der Trennung von Nutzung und Eigenthum (und zwar ja auch nach dem französischen Gesetz) nothwendig in sich schließt, von selbst verschwindet. Oder das Fideicommiß, bis dahin Eigenthum des Familienbegriffs, wird jetzt Eigenthum der lebendigen und darum rechts- und eigenthumfähigen Realität desselben in den gegenwärtigen Rechtssubjecten.

Mit andern Worten, und um den durchgreifenden Einklang der mit der in §. 7 gegebenen principiellen Auflösung der bei prohibitiven Gesetzen entstehenden Schwierigkeiten aufzuzeigen: Jedes Fideicommißinstrument löst sich in einen Act auf (s. S. 194 fg.), welcher besagt, daß das Erbrecht und also das Eigenthum an der Substanz (unter Beachtung der zu diesem Zwecke vorgeschriebenen Erbordnung) der perpetuellen Familie und, sobald Uebertragung auf die ungeborenen Generationen durch ein prohibitives Gesetz, das solche Verfügung nicht mehr als eine im Eigenthumsrecht des Stifters liegende Befugniß (s. S. 216

und 217, Note 2) anschaut, unwirksam werden sollte, der derzeitigen actuellen Familie angehören solle.

Nie aber hat ein Fideicommißstifter an einem einzelnen Nachfolger in der Reihe gedacht und denken können, nie ihm auch nur eventuell das freie Eigenthum zuwenden wollen, wie schon das anerkannte unterscheidende Merkmal dieser Stiftungen, als solcher, welche „die Erhaltung der Familie“ [1], oder „des Glanzes der Familie“ oder „des Stammes und Namens“ zum Zweck haben, hinreichend zeigt. Nie also und durch keine Kunst der factischen oder rechtlichen Interpretation würde man dies als den factischen oder rechtlich-nothwendigen eventuellen Willen des Stifters herausinterpretiren können, und schon darum stellt die Verwandlung der Fideicommisse in freies Eigenthum in der Hand des Besitzers — eine vollkommene Denaturirung einer individuellen Handlung (der Stiftungsurkunde) und somit eine unleugbare Rückwirkung dar (§. 1 und 7).

Von allen Seiten tritt diese Rückwirkung klar hervor. Wenn der actuelle Fideicommißbesitzer nicht Sacheigenthümer ist, so wird bei der Umwandlung des Fideicommisses in freies Eigenthum in seiner Hand nicht sein beschränktes Eigenthum in ein unbeschränktes verwandelt, sondern es wird ihm jetzt erst vom Gesetz das Eigenthum transmittirt. Wie aber vermag das Gesetz ihm dasselbe zu transmittiren? Er wird behandelt, als wenn er schon damals, als durch den Tod des letzten Besitzers sich die fideicommissarische Erbschaft für ihn eröffnete, das Sacheigenthum von letzterm ererbt hätte. Allein das jetzige Gesetz kann wiederum nicht, ohne rückzuwirken, früher vollbrachte Thatsachen abändern und bewirken, daß er damals ein Eigenthum der Substanz geerbt habe, während er zu jener Zeit doch nur in die Nutzungsordnung einrückte. Ja, das Gesetz kann ihn überhaupt nicht so ansehen, als habe er vom letzten Besitzer irgendetwas geerbt. Denn es ist der unterscheidende und einstimmig anerkannte Charakter des Instituts, daß niemals vom letzten Besitzer, sondern stets nur vom Stifter — ex pacto et providentia majorum — geerbt wird. Das Gesetz muß ihn also behandeln als Einen, der jetzt erst vom Fideicommißstifter das freie Eigenthum erbt, indem nun die bisherige ihn beschränkende Successionsordnung durch die Exclusion des Gesetzes abolirt ist. Aber

---

[1] Siehe z. B. das maßgebende Werk von Philippus Knipschildt (Ulm 1661), welches schon auf dem Titel definirt: „de Fideicommissis familiarium nobilium *sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur*“, und daselbst S. 11, Nr. 13: „Germanis dicuntur Stammgüter, so zur Erhaltung eines Fürstlichen Gräflichen Freyherrlichen Adelichen Stammes und Namens verordnet seynd“.

wenn das Gesetz die Abolition dieser Successionsordnung ausspricht, wodurch sich eben dem Besitzer das Erbrecht an dem freien Eigenthum eröffnet, wie kann das Gesetz in demselben Athem auf Grund derselben von ihm abolirten Successionsordnung das Erbrecht der andern, in gleichem Grade erbberechtigten Descendenten des Stifters ausschließen und so das Eigenthumsrecht derselben und die Erbansprüche, die es selbst eröffnet, verletzen?

Aber das Gesetz verletzt nicht nur die von ihm selbst eröffneten Eigenthumsrechte, es verletzt ebenso rückwirkend die schon früher erworbenen Rechte der Familie. Und es ist auch klar, daß es nicht umhin kann, diese zu verletzen, um dem zeitigen Besitzer ein Eigenthumsrecht zu übertragen, welches bisher bei der Familie beruhte. Auch das Verhältniß der Agnaten läßt dies klar hervortreten. Nichts beruht auf größerer Unklarheit, als die geläufige Redeformel, daß die Anwartschaftsansprüche der Agnaten bloße Erwartungen darstellen, weil sie nur unter gewissen factischen Bedingungen, wie z. B. Tod der Vordermänner, sich verwirklichen. Auch wer durch Vertrag ein conditionelles Recht erworben hat, z. B. durch Erbfolgevertrag, ist für die Verwirklichung desselben von dem Eintritt eines factischen Ereignisses abhängig, und man müßte daher also, was doch niemandem einfallen wird, sagen, daß auch ein Vertrag pendente conditione nur eine Erwartung statt eines unwiderruflich erworbenen Rechtes gewähre. Erwartungen im rechtlichen Sinn sind nur solche Ansprüchee, die stets in jure willkürlich revocabel sind, wie z. B. Ansprüche aus einem Testament. Durch das Fideicommißinstrument des verstorbenen Stifters einerseits und die Geburt des berufenen Anwärters andererseits ist aber ein in jure irrevocabler Rechtsnexus entstanden, ein Recht, dessen Abhängigkeit von dem Eintritt bestimmter factischer Ereignisse es zu dem eines bedingten Vertrags, nie zu einer Erwartung macht.

Das Recht der Anwärter ist also ebenso sehr ein jus quaesitum wie das des Besitzers, steht qualitativ mit demselben durchaus auf derselben Linie. Durch die ausschließliche Transmission des Eigenthumsrechts auf den Besitzer wird also auch dies früher erworbene, factisch bedingte Eigenthumsrecht der Agnaten widerrechtlich verletzt.

Zwar wird man vielleicht glauben, sich hiergegen der Ausführungen des §. 7 bedienen und antworten zu können: Auch erworbene Rechte weichen rechtmäßig einem prohibitiven Gesetze, als nur bis dahin erworbene. Allein vergeblich. Denn sie weichen, wie daselbst aufgezeigt worden, nur dann, wenn sie von dem neuen Gesetze als überhaupt außerhalb der individuellen Willensherrschaft und Eigenthumssphäre (extra nostrum patrimonium) liegend erklärt werden (S. 211 fg.). Das den Anwärtern durch die fideicommissarische Successionsordnung ertheilte

und durch ihre Geburt einmal erworbene Recht auf ausschließendes Einrücken in die Nutzung des Fideicommisses nach der Reihenfolge der Primogenitur würde somit nur dann rechtmäßig — und dann allerdings ohne jede Rückwirkung — weichen, wenn das neue Rechtsbewußtsein, das neue Gesetz, dieses durch die Successionsordnung gegebene Primogeniturrecht überhaupt für untergegangen und außerhalb des privatrechtlichen Eigenthums erklären würde (wodurch dann aber auch die durch die Successionsordnung gebundenen Erbansprüche der Agnaten frei würden). Indem das Gesetz aber dieses Primogeniturrecht noch in Bezug auf den Besitzer aufrecht erhält und es also noch als ein rechtliches Eigenthumsobject sein läßt, wird die Aufhebung desselben in Bezug auf die lebenden Anwärter zu einer besondern rückwirkenden Entreißung ihrer Rechte. —

Hieran liegt es unzweifelhaft, daß im dunkeln Gefühle dessen gerade die Aufhebung der Fideicommisse so vielen ausgezeichneten Rechtsgelehrten, wie Savigny, Merlin u. a. (s. S. 182 fg., 184 fg.), ganz besondere Schwierigkeiten und Bedenken verursacht hat. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß das französische Gesetz hierin sich einer vollständigen Rückwirkung schuldig gemacht hat, und zwar gerade nur deshalb, weil es wegen mangelnder theoretischer Bewältigung der Sache die Abolition nicht **weit genug** geführt hat! Wird dieselbe so weit geführt, wie es die Rechtsidee erfordert, so kann dann von Rückwirkung und Kränkung erworbener Rechte nicht die Rede sein, wie die Ausführungen des §. 7 auf das unwiderleglichste erweisen, und gerade dann kommen auch die bestehenden Rechte der Familienglieder dem Begriffe nach ebenso sehr zu ihrer rechtlichen Erfüllung, wie diejenigen der Besitzer.

Wie ein Gesetz gerade dadurch rückwirkend werden kann, daß es nicht hinreichend weit geht in der Ausführung des neuen Rechtsbewußtseins — dieses merkwürdige und unleugbare Resultat läßt sich an unserer Materie noch weiter verfolgen.

Nehmen wir an, ein Gesetz wollte infolge des eben Erörterten, die Fideicommisse in der Weise aufheben, daß sie zwischen dem Besitzer und den Agnaten des gleichen Grades zur erbschaftlichen Theilung gelangen sollten, mit Ausschluß aber der weiblichen Erbinnen gleicher Nähe, weil diesen, als durch das Fideicommißinstrument ausgeschlossen, bisher kein Recht aus demselben zustand. Diese Ausschließung von dem Antheil an dem zur freien Vererbung gelangenden Fideicommiß würde sich nicht gründen auf das gemeine Erbrecht des Landes; denn dieses würde die weiblichen Glieder vielmehr in gleicher Weise zur Erbschaft zulassen. Diese Ausschließung würde sich also nur gründen können auf die fideicommissarische Successionsordnung. Das Gesetz würde dieselbe

also, indem es die Töchter auf Grund derselben ausschließt, noch als fortwirkend behandeln. Wenn aber das Gesetz selbst die Ausschließungen der fideicommissarischen Successionsordnung noch als rechtlich fortwirkend anerkennt, so würde die Aufhebung derselben in Bezug auf die Agnaten, welche ja gleichfalls durch diese Ordnung zu Gunsten des Aeltesten des Mannesstammes, des gegenwärtigen Besitzers, ausgeschlossen sind, wieder eine widerrechtliche, rückwirkende Behandlung der gegenwärtigen Besitzer zu Gunsten der Agnaten constituiren. Das Gesetz kann also, wie wir schon oben auf anderm Wege aus dem Begriff entwickelt haben und sich von allen Seiten übereinstimmend zeigt, bei der Aufhebung der Fideicommisse nur so zu Werke gehen, daß es den Fideicommißstifter als im Augenblick des Gesetzes gestorben und seine Erbschaft als sich nach dem gemeinen Intestatrecht des Landes erledigend behandelt.

Nur bei dieser aus der reinen Rechtsidee adäquat hervorfließenden Behandlungsweise, welche die fideicommissarische Substitution, weil diese Befugniß prohibirt ist, auch nicht mehr als fortwirkend anschauen kann und deshalb, da dieselbe jetzt ungültig geworden, wie beim ungültigen Testament das Intestatrecht eintreten lassen muß [1], — nur bei diesem durch strenge Operation des Begriffs geforderten Resultat wird jede Rückwirkung vermieden. —

Es kann doch vielleicht wundernehmen, wie so das Erbrecht der Weiber, obwol sie durch die Fideicommißinstrumente ausgeschlossen sind, das nothwendige Resultat der Rechtsidee selbst sein kann, und obgleich diese Verwunderung des Verstandes keinen Einwurf von Belang gegen das bilden kann, was einmal durch die Consequenz des Begriffs nachgewiesen ist, so wird es deshalb doch nützlich sein, auch für den juristischen Verstand diesem Resultate seine scheinbare Fremdartigkeit und seinen überraschenden Charakter zu benehmen. Hierzu dient aber zunächst schon die Betrachtung, daß die Weiber, obwol von der Succession in die Fideicommisse ausgeschlossen, dennoch aus denselben Abfindung, Ausstattung u. s. w. zu fordern, also immerhin Rechte an denselben haben. Dies aber ist wieder nur die Aeußerung eines viel weiter gehenden Rechtsverhältnisses, welches schon zu Zeiten des Deutschen Reichs einstimmig und unbestritten von der Jurisprudenz anerkannt war,

---

[1] Man vgl. hiermit den ganz entsprechenden Grundsatz des Römischen Rechts, daß, wenn der Testator dadurch ab intestato gestorben ist, daß die Testamentserben durch factische Beseitigung (Tod, Repudiation) fortgefallen sind, für die nun eintretende Intestatfolge nicht die Zeit des Todes des Testators, sondern die Zeit maßgebend sei, wo das Intestatrecht eingetreten (quo certum fuit, *intestatum* obiisse); siehe hierüber unten sub VI.

und welches nur hervorgehoben zu werden braucht, um jenem Resultat sofort alle Fremdartigkeit zu entziehen. Es ist nämlich bei den Fideicommissen stets zu unterscheiden die Successionsordnung von dem Successionsrecht. Nur durch die Successionsordnung ist die weibliche Linie von der Nachfolge in das Fideicommiß zu Gunsten des Mannsstammes ausgeschlossen, das Erbrecht derselben ist aber stets durch die Fideicommisse aufbewahrt. Hierauf beruht die, seitdem es Fideicommisse gibt, in Deutschland constante Lehre der alten Doctoren, daß die weibliche Linie, wenn sie auch durch das Fideicommißinstrument ausgeschlossen, selbst wenn sie verzichtet und den Verzicht unter dem Eide geleistet hat, dennoch beim Aussterben des Mannsstammes in das Fideicommiß, welches nun seine fideicommissarische Eigenschaft verliert und freies Vermögen wird, succedirt, weil ihr durch die fideicommissarische Successionsordnung eventuell und latent erhaltenes Erbrecht jetzt wieder zum Vorschein kommt. S. z. B. Knipschildt, Kap. 8, Nr. 265—286, und die andern am Ende dieser Ausführung, wo wir auf diesen Punkt ohnehin zurückkehren müssen, anzuführenden Autoren. Ist somit das Erbrecht der weiblichen Linie durch das Fideicommiß latent erhalten, so kann es bei der Aufhebung der Fideicommisse, durch welche Maßregel es für immer fortfallen würde, ohne Rechtsverletzung nur dadurch aufgehoben werden, daß es frei wird und zur Wirklichkeit gelangt.

Von jeder Seite stellt sich diese rechtliche Nothwendigkeit jetzt klar heraus. Da das Erbrecht der weiblichen Linie nur durch die Successionsordnung zu Gunsten der männlichen Primogenitur gebunden ist, so wird es durch die Aufhebung der prohibirten Successionsordnung jetzt von selbst frei. Und dies Erbrecht der Weiber war nur deshalb gebunden worden, um den Glanz des Namens durch ungetheilte Vererbung auf Ein männliches Haupt zu erhalten. Es tritt also die alte Rechtsregel ein: Cessante causa cessat effectus. Da dies jetzt doch nicht mehr möglich, da jetzt die Primogeniturbeschränkung, zu Gunsten deren jene Bindung vorgenommen worden war, fortfällt, so fällt mit ihr auch dies Gebundensein von selbst fort, und mit Recht berufen sich die Doctoren, wie wir später sehen werden, auf diesen Rechtssatz sowol für das zum Vorschein kommende Erbrecht der weiblichen Linie beim Aussterben der männlichen, als für die dann eintretende Befreiung des Vermögens vom fideicommissarischen Bande. — Da jetzt jedenfalls die Töchter des gegenwärtigen Fideicommissars ihr Erbtheil an dem Fideicommiß erhalten würden, also nicht nur die Primogenitur, sondern auch die agnatische Beschränkung auf den Mannsstamm durch Abschaffung des Fideicommißbandes zu Grunde gegangen ist, so läßt sich nicht absehen, warum die dem Fideicommißstifter im

Grade noch nähere weibliche Descendentin, die mit dem gegenwärtigen Besitzer auf derselben Linie steht, auch nach dem Willen des Stifters ausgeschlossen sein solle. Es treffen vielmehr auch hier alle die Argumente zu, welche die Doctoren geltend machen, daß eine stärkere Liebe des Fideicommißstifters zu den Verwandten als zu den Fremden, und eine stärkere zu den nähern als zu den entferntern Verwandten präsumirt werden müsse.

Wir haben bereits im Anfange vorausgeschickt, daß diese Folgerungen des Begriffs, von so zwingender Consequenz sie auch sind, überhaupt nur dann eintreten, wenn man das Fideicommiß seiner Substanz nach als im Eigenthum der Familie ruhend auffaßt; nicht, wenn man dem Besitzer als wahren und nur beschwerten Eigenthümer denkt.

Welche von diesen beiden Auffassungen bei den Familienfideicommissen des deutschen Rechts die richtige sei, darüber existirt allerdings unter den juristischen Schriftstellern eine lebhafte Controverse, und gerade in neuerer Zeit haben sich manche Autoren für die letztere Ansicht erklärt.[1]

Aber die unbedingte Verwerflichkeit derselben kann keinen Augenblick zweifelhaft sein. Schon das bisher Gesagte muß klar herausgestellt haben, wie nur die Auffassung dieses Instituts als Familieneigenthum dem

[1] Und freilich ist dies bei denen nicht verwunderlich, die, wie Duncker, „Das Gesammteigenthum" (Marburg 1843), sich nicht nur gegen das deutsche Gesammteigenthum überhaupt — und in jedem Sinne —, sondern sogar gegen jede Annahme eines getheilten Eigenthums, auch des Ober- und Nutzungseigenthums, im deutschen Recht aussprechen (s. denselben in der Zeitschrift für deutsches Recht, II, 177 fg.). Diese Irrthümer, denen Mittermaier nur zu weit, wenn auch nicht bis in diese letzte Ausschweifung hinein, gefolgt ist (s. dessen Grundsätze des deutschen Privatrechts [7. Aufl., 1847], I, 436), haben ihren letzten Grund nur in jener unhistorischen Geistesrichtung, die nicht zu begreifen, oder, wenn sie es auch unklar in thesi zugesteht, doch in der concreten Entwickelung der einzelnen Institute niemals festzuhalten vermag, daß und inwiefern der römische und der deutsche Eigenthumsbegriff eben in ihrem Begriffe durchaus verschieden seien. So mußte für sie freilich unter der unbewußten, aber bestimmenden Einwirkung des römischen Eigenthumsbegriffs alles andere weichen. In seiner innersten Tiefe beruht dies eben auch nur wieder auf dem schon S. 59 fg. und Note 1 daselbst gerügten Verkennen des verschiedenen historischen Geistesbegriffs, der in den Rechtsinstituten der verschiedenen Völker thätig ist, woraus sich dann auch die schreiendste Verkennung des juristischen Charakters dieser historischen Institute bei Rechtshistorikern und Juristen ergeben mußte. In Bezug auf das nahverwandte Erbrecht werden wir an dem Zusammenhange des römischen und germanischen Erbrechts im zweiten Bande ein großartiges Beispiel hiervon erblicken. In Bezug aber auf den mittelalterlichen Eigenthumsbegriff als solchen, so ist derselbe bereits S. 218 fg. kurz angedeutet worden und aus der dortigen Bestimmung desselben ergibt sich auch, wie daselbst kurz hervorgehoben, als ein charakteristischer und nothwendiger Ausfluß, die Getheiltheit des deutschen Eigenthums.

Begriffe desselben wahrhaft entspricht. Der Besitzer des römischen Familienfideicommisses freilich ist in der That beschränkter Eigenthümer, und nur der verwirrende Einfluß des römischen Fideicommisses, mit welchem das deutsch-rechtliche nichts in seinem Wesen gemein hat, ist durch die unbewußte Einwirkung der römischen Rechtskategorien auch auf solche, die laut gegen diese ungehörige Vermengung protestiren, die Quelle dieser völlig falschen Auffassung gewesen.[1]

Es ist hier nicht der Ort, diesen Irrthum in jener ausführlichen und erschöpfenden Weise aufzulösen, welche erforderlich wäre, um die einzelnen Momente seiner Genesis in ihre positive Wahrheit umzubiegen. Aber soviel wie zu seiner kritischen Beseitigung erforderlich und mehr als hinreichend ist, mag in Kürze gesagt werden. Und gerade wenn man bei der Betrachtung des deutschen Familienfideicommisses das römische demselben parallelisirt, tritt fortlaufend an den unterscheidenden Merkmalen beider auf das schlagendste hervor, wie, während das zweite beschwertes Eigenthum des Besitzers sein muß, das erstere sich schlechterdings als ein Gesammtfamilieneigenthum herausstellt.

Die deutschen Familienfideicommisse werden überall, was schon oben urgirt wurde, ausdrücklich als solche Einrichtungen eines für ewige Zeiten unveräußerlichen Vermögens bezeichnet, welche „*pro splendore et con-*

---

[1] Wie verwerflich selbst jede bloße Analogie mit dem römischen Fideicommisse ist, geht, wenn wir die Ausführungen des zweiten Bandes über das römische Erbrecht hier voraussetzen, schon daraus hervor, daß das römische Fideicommiß immer nur ein Legat (Sachverfügung), nie eine *hereditas* im civilrechtlichen Sinne ist. Das deutsche Fideicommiß dagegen, aus dem Recht der nächsten Erben an den Stammgütern erwachsend, ist wahre Erbschaft, wobei wir auf das Wesen des germanischen Erbthums im zweiten Bande verweisen müssen. Was ist nun aber das Fideicommißinstrument seinem Begriffe nach? Legat, wie das römische Fideicommiß, ist es nicht, weil es wahre Erbschaft ist. Testamentarische Erbschaft aber, im römischen Sinne, ist es offenbar noch weniger. Was ist es also? Es ist privatgesetzgeberische Festsetzung einer Intestatordnung für eine bestimmte Familie. Dies bestätigt sich auch durch den eben erwähnten historischen Umstand, daß diese Institute sich bekanntlich aus dem alten Intestaterbrecht der nächsten Erben und aus dem Bestreben, dieses gegen das Eindringen des Römischen Rechts und seiner Testamentsfreiheit zu sichern, sich entwickelt haben; siehe z. B. von Salza und Lichtenau, Lehre von den Familienfideicommissen, §. 4 (Leipzig 1838), u. a. Aus diesem Intestatgesetzcharakter der Institution ergibt sich, wenn er festgehalten wird, alles Weitere von selbst, und insbesondere ist dann die Folgerung evident, daß, wenn der Gesetzgeber die gültige Fortdauer eines solchen Privatintestatgesetzes in gewissen Familien (Autonomie) nicht mehr anerkennt, nichts anderes als die jetzt eintretende Vererbung des davon betroffenen und bisher festgehaltenen Vermögens in der Familie des Stifters nach dem jetzigen Intestatgesetz erfolgen kann; vgl. oben S. 340, Note 1.

servatione familiae" getroffen wurden. Diejenigen, welche das deutsche Familienfideicommiß, wie das römische mit der Bestimmung ne de familia exeat einem Einzelnen hinterlassene — obwol sich schon in diesem formellen Unterschiede der Unterschied des Wesens, wie man glauben sollte, hinreichend deutlich ausspricht — als beschwertes individuelles Eigenthum des Besitzers auffassen, müssen jenen Zweck der Stiftung zu einem bloßen Motiv der Handlung degradiren, weshalb nun dem einzelnen Eigenthümer Unveräußerlichkeit und Restitutionspflicht auferlegt worden sei.

Diese begrifflose Auffassung übersieht, daß, selbst als bloßes Motiv gefaßt, hier einer jener Fälle vorliegt, wo das Motiv (s. oben S. 84 fg.) mit dem Inhalt der Handlung zusammenfallen, ihn decken und erschöpfen würde, und daß also schon um der Identität von Motiv und Handlung willen, d. h. um der perpetuellen Unveräußerlichkeit willen, dieses Motiv sich als der Willensinhalt der Handlung selbst darstellen, d. h. das Eigenthum an der Substanz der ganzen Familie in perpetuum zugewendet sein würde.

Schon diese einander deckende Identität von Motiv und Handlung findet nicht statt bei den römischen Familienfideicommissen, denn selbst die in perpetuum errichteten römischen Familienfideicommisse sind nicht perpetuell, gelten nur für vier Substitutionsfälle, sodaß der Besitzer dann das Fideicommiß vollkommen frei, auch an Fremde, veräußern kann.[1] Eine perpetuelle Unveräußerlichkeit zu Gunsten der Familienidee ist also gar nicht erreicht. Es liegt hier klar der Grund vor, warum der Römer gar nicht anders kann, als dem Fideicommißbesitzer das Eigenthum zuwenden. Bei wem sollte es ruhen? Vier aufeinander folgende Personen sind keine Universitas oder moralische Person. Nur an diese vier einzelnen Personen, nicht an den perpetuirlichen Familienbegriff, kann der rechtliche Wille des Testators denken, und das Fideicommiß läßt sich daher nur als das successive Eigenthum dieser vier einzelnen Individuen auffassen, die deshalb zu beschwerten Eigenthümern werden.

Oder richtiger umgekehrt: weil die Römer das Eigenthum an dem Fideicommiß immer nur als individuelles Eigenthum denken, weil sie die Familiendescendenz nicht als eine selbständige moralische Person auffassen, kann deshalb — denn das positive Recht ist glücklicherweise immer viel speculativer und weit mehr vom Begriff durchdrungen als die Theorie der Autoren — auch keine perpetuelle Unveräußerlichkeit gültig angeordnet werden, da solche mit dem Begriff des individuellen Eigenthums eine wahrhafte contradictio in adjecto bilden würde.[2]

[1] Novelle 159.

[2] Wie aber im römischen Fideicommiß für jene vier Substitutionen Resti-

Im deutschen Rechte aber tritt hier der Begriff des einer als eine juristische Einheit gedachten Vielheit von Personen zustehenden Sammteigenthums auf.[1] In Bezug auf das Familienfideicommiß ist er nur die organische Fortbildung der ur-germanischen Idee von der sittlichen Einheit der Familie und des um dieser Identität willen an sich gemeinsamen Charakters ihres Eigenthums, der im alten Intestatrecht deutlich hervortritt (s. hierüber im zweiten Bande). In dieser Fortbildung wird also das Eigenthum schlechthin zum Eigenthum des Familienbegriffs und darum nothwendig in alle Ewigkeit unveräußerlich, solange derselbe noch irgend in lebenden Subjecten (Familiengliedern) eine Realität hat.

Lassen wir aber den Begriff als solchen dahingestellt sein, und gehen wir zu den formell-juristischen Kriterien der Sache über, zu den Befugnissen des Fideicommißbesitzers.

Wer Eigenthümer einer Sache ist und wer nicht, das muß auf das schärfste in seinen Befugnissen über die Sache zum Vorschein kommen und sich hier ohne Widerstreit ergeben.

Welches sind also die Eigenthumsbefugnisse des Fideicommißbesitzers nach deutschem Recht?

Er kann weder veräußern, noch verpfänden, noch deterioriren. Allein das kann auch der beschwerte Eigenthümer des römischen Fideicommisses nicht, und insofern begreift sich die täuschende Analogie.[2]

---

tution (und darum Unveräußerlichkeit), trotz des individuellen Eigenthums daran, vorgeschrieben werden kann, wird nach unsern Entwickelungen über das römische Erbrecht und speciell über die Entstehung und Geschichte des römischen Fideicommisses jedem Weiterdenkenden sich von selbst ergeben. Hier nur einige flüchtige Andeutungen: Insofern das römische Fideicommiß ein Legat ist, könnte gerade dort die Restitutionspflicht völlig widersprechend erscheinen; denn vom Legat gerade gilt durchaus, daß der Eigenthümer nicht zur Restitution verpflichtet werden kann: a legatario legari non potest. Aber das Fideicommiß ist nicht Legat überhaupt, sondern Fideicommißlegat, d. h. das Fideicommiß ist ursprünglich nur eine an den Erben gerichtete Bitte, die keinen Rechtszwang hat, daher auch, wenn sie Wirkung hat, blos als sein (des Erben) eigener factischer Wille diese hervorbringt, weswegen dieses Vermächtniß consequent und nothwendig von jeder Strenge des jus befreit ist. Erst unter Augustus wird die Restitution des Fideicommisses überhaupt erzwingbar; dennoch bleibt, wie im zweiten Bande gezeigt werden wird, die Freiheit von Form und jus, und jener Wunschcharakter der Verordnung ein fortlaufendes herrschendes Moment in der Entwicklung des Fideicommisses.

[1] Siehe Dieck in der Ersch-Gruber'schen Encyklopädie, Sect. I, Bd. 26, S. 494, Art. Dominium.

[2] Obgleich auch schon hier der für die Eigenthumsfrage nicht unbedeutsame Unterschied hervortritt, daß die deutschen Anwärter bei Deterioration das Fidei-

Aber das sichere und entscheidende Kriterium des Eigenthums ist die Vererbung. Was Eigenthum ist, daß muß vererbt werden können, und was von seinem Besitzer nicht vererbt werden kann, sondern vielmehr von einem andern forterbt, ist nicht Eigenthum des Besitzers. Dem entsprechend ist es auch anerkannt, daß das römische Familienfideicommiß trotz der Restitutionspflicht des Eigenthümers immer nur *ex beneficio ultimi possessoris* vererbt wird[1], wie dies auch ganz klar darin hervortritt, daß es dem römischen Fideicommißbesitzer freisteht, einem beliebigen, auch im Grade entfernten (vel dispari gradu) Mitglied der Familie zu restituiren.[2]

Umgekehrt ist vom deutschen Fideicommiß ebenso einstimmig anerkannt, daß dasselbe niemals ex beneficio ultimi possessoris, sondern stets nur ex pacto et providentia majorum — ganz in demselben Sinne wie dies die Feudisten bei der Lehnsfolge nehmen — vom Stifter her fortvererbt wird.

Wie soll also das ein Eigenthum des Besitzers sein können, was statt von ihm von einem andern vererbt wird?!

Ein ferneres Kriterium ist, daß das römische Familienfideicommiß jederzeit durch die Einwilligung aller lebenden Interessenten aufgehoben werden kann.[3]

Natürlich! Denn es ist eben individuelles Eigenthum des Besitzers, und wenn also diejenigen, welche allein bereits Rechtssubjecte sind und daher allein bereits Rechte haben können, mit dem Aufgeben dieser blos eventuellen Rechte einverstanden sind, so muß stets dem Willen des Stifters entgegen das Fideicommiß aufgehoben werden können. Das individuelle Eigenthumsrecht des Besitzers muß, wenn die hindernden Ansprüche der eventuellen Anwärter durch ihre Einwilligung fortfallen, von selbst in die ganze Energie seiner Wirksamkeit treten.

Das deutsche Familienfideicommiß hingegen kann niemals, auch nicht mit Einwilligung des Besitzers und aller Interessenten, aufgehoben werden.[4] Ebenso natürlich! Denn hier ist der Eigenthümer des Vermögens nur der Familienbegriff selbst in seiner ideellen Perpetuirlichkeit und daher

---

commißobject selbst sequestriren lassen können (Salza, a. a. O., S. 195), während sich die römischen Successoren durch Caution für den Werth ihrer Rechte sichern müssen; s. L. 69, §. 3, de leg. II (31).

[1] L. 67, §. 3. 5, de leg. II (31), Papinian.

[2] S. praef. und §. 2. 5. der L. 67 daselbst.

[3] L. 120, §. 1, de leg. I (30). L. 11, C. de fideicom. (6, 42).

[4] Siehe Salza, a. a. O., §. 109; Dieck in der Ersch-Gruber'schen Encyklopädie, Sect. I, Bd. 41, S. 337, Art. Familiengüter; Knorsch, Das deutsche Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832), §. 82.

die erst künftig zu erzeugenden Generationen ganz ebenso sehr wie die zu einer bestimmten Zeit lebenden Rechtssubjecte desselben.

Das Eigenthum des Fideicommißbesitzers, welcher nicht disponiren kann, noch vererben, noch mit Beistimmung der sein angebliches Eigenthumsrecht vinculirenden Rechtssubjecte das Fideicommiß aufheben, ist also genau so ein Eigenthum, wie jenes berühmte Lichtenberg'sche Messer ohne Stiel, dem die Klinge fehlt, ein Messer ist!

Mit dieser thatsächlichen Rechtsbeschaffenheit der deutschen Familienfideicommisse stehen auch die alten Urkunden selbst in der offenbarsten Uebereinstimmung. Wenn der Bischof von Breslau, Jacobus von Salza, in seiner fideicommissarischen Stiftungsurkunde vom Jahre 1532[1] sagt, daß er dies Fideicommiß errichte zu Gunsten seines Bruders Mathes und dessen ältesten Sohnes Joachim, „allein zcw irer baider lebetagen in gebrauch zcu haben vnd zcu halten"; wenn er fortfährt, es solle diese Ordnung ewiglich gehalten werden, daß es allemal an den ältesten Schwertmagen kommen solle, „alleine zcum lebetagenn ane alle Rechnung innetzuhaben"; wenn er nochmals das Verhältniß der Successoren als „Innehabung" und wiederum jeden Successor als „Innehalter" bezeichnet; wenn er vorschreibt, daß im Falle der Wiedereinlösung des Burglehens (welches ihm ursprünglich versetzt war) das Geld „vonn dem geschlechte" an ein anderes Gut gelegt werden solle; und wenn er damit schließt, er wolle hierdurch alle seine „nachkommen Innehalter solcher Gutter sampt dem ganzen geschlecht hiermit vestiglich verbunden haben": so sind hier nun freilich durch einen Zufall die Worte gerade so gewählt, als wären sie polemisch gegen den modernen Irrthum geschrieben, und sollten beweisen, daß jeder einzelne Besitzer blos die Nutzung (Gebrauch und Innehaltung für Lebtagen), und nur das ganze Geschlecht das Eigenthum des Fideicommisses haben solle.[2]

Aber auch wo die Ausdrücke der Fideicommißurkunde nicht von dieser kritischen Bestimmtheit sind, ist doch, wenn eben nur feststeht, daß, wie dies beim Adel stets der Fall, ein deutsches, nicht römisches, Familienfideicommiß gestiftet werden sollte, die Kraft des thatsächlich Ge-

---

[1] Siehe diese bei Salza, a. a. O., S. 244—246.

[2] Siehe sehr zahlreiche, ganz ebenso bestimmte Urkunden bei Kohler, Privatfürstenrecht, §. 69, angeführt, z. B. die des Hauses Hessen von 1568, wo es heißt, daß die „Länder als Stammgut zusammenbleiben sollen, nur dem Mannesstammen gehörend"; die des Hauses Fürstenberg von 1576, wo „zu bestendiger Erhaltung und Förderung unser und all unser Erben und Nachkommen des Namens und Stammes, der zu Fürstenberg Ehr, Nutz und Wohlfahrt auch Aufnehmen" bestimmt wird: „wie es in ewig Zeit unsers Namens und Stammes Haab und Güter halber gehalten werden solle", wo also überall die Güter als Eigenthum des ganzen Stammes ausdrücklich bezeichnet werden.

schehenen, d. h. der juristische Charakter der realen, dem einzelnen Fideicommißbesitzer übertragenen Befugniß das Durchschlagende und allein Entscheidende, wogegen die Worte das Gleichgültige sind.

Es hat daher auch zu keiner Zeit an einer großen und überwiegenden Anzahl der gewichtigsten Autoren gefehlt, welche die wahre Natur der deutschen Fideicommisse erkannt und vertheidigt haben. So außer andern[1] der an echt historischem Sinn noch immer nicht übertroffene Eichhorn[2], von neuern Specialschriftstellern in dieser Materie Kohler[3], und endlich das bedeutendste Werk, welches in neuerer Zeit im Gebiete des deutschen Erbrechts überhaupt erschienen ist, die Lehre von den Erbverträgen von Georg Beseler.[4]

---

[1] Plötter, Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht (Göttingen 1779), II, 229 fg.; dessen Erörterungen, Nr. 6, II, 216; H. Chr. von Senkenberg, Disp. qua filiam ultimi gentis suae in regnis et principatibus succedere demonstrat. (Göttingen 1736), Kap. 1; J. J. Reinhard, Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Erbfolge und der einzige Grund der Lehenfolge der Seitenverwandten (1755); dessen neue Anmerkungen von der Lehenfolge und Gemeinschaft (Frankfurt 1762). [Es muß übrigens beiläufig bemerkt werden, daß man noch durchaus nicht Reinhardt's und Fischer's Ansicht über die ursprüngliche Familiengemeinschaftlichkeit alles deutschen Grundeigenthums — obgleich dieselbe in gewisser Weise (nämlich nicht als actuelles Gesammteigenthum, sondern als eine an sich vorhandene Gemeinsamkeit des Besitzes, siehe hierüber im zweiten Bande, sub II) die einzig richtige und daher auch von allen tiefer Denkenden jeder Richtung, von Hegel wie Stahl, festgehaltene Auffassung ist — zu sein braucht, um doch für das Familienfideicommiß der obigen Ansicht zu sein, wie das z. B. der bald anzuführende Beseler deutlich zeigt.] Ferner noch: Walch, De condominio successionis fundamento in Germ. (Jena 1773); Meurer, Von der Succession in Lehen und Stammgüter unter dem hohen und niedern Adel (Leipzig 1781), S. 10; G. E. C. Preuschen, Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Lehensfolge der Seitenverwandten (1775); Fischer, Geschichte der deutschen Erbfolge, S. 49, und dessen Erbschaftliches Versendungsrecht (Regensburg 1786); Weber, Handbuch des Lehenrechts, III, 165.

[2] Rechtsgeschichte, 3. Aufl., §§. 68, 198, 389.

[3] Deutsches Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832), §§. 69—71.

[4] II, 49—65 (Göttingen 1840). — Das Zeugniß Beseler's in dieser Angelegenheit ist um so bedeutender, als derselbe nicht nur die in der That schiefe und zu weit getriebene Ansicht verwirft, daß im deutschen Recht das Eigenthum ein actuelles Gesammteigenthum der Familie gewesen sei (siehe I, 48 fg.), auch nicht nur das deutsche Gesammteigenthum überhaupt in keinem andern Sinne als in dem eines getheilten Eigenthums gelten läßt (I, 88), in welchem Sinne dasselbe ja auch von Mittermaier (Deutsches Privatr., 7. Aufl., §. 155) und allen Besonnenen einstimmig anerkannt wird, sondern sogar in der frühesten Zeit das Anrecht der nächsten Erben (s. Bd. 1, §. 5, und Bd. 2, §§. 15 u. 16) nicht gelten lassen will. Gleichwol kommt er in Bezug auf die Familienfideicommisse des Adels auf das bestimmteste zu obigem Resultat. Er sagt (II, 51 fg.): „Darf man nun

Der gelehrte Dieck[1] nimmt eine schwankende Stellung zwischen den beiden Meinungen ein, indem er zugibt, daß bei Urkunden, die so deutlich seien wie die oben bezogene des Bischofs Jacob von Salza, allerdings nicht daran gezweifelt werden könne, daß das Eigenthum nur bei der ganzen Familie sei, der Regel nach aber der Ansicht derjenigen Autoren beistimmen will, welche den Fideicommißbesitzer für einen wahren, beschränkten Eigenthümer halten.

Von noch größerm Gewicht ist die Entscheidung der Gesetzgebungen, und wie wir im Laufe dieses Werks fortlaufend Gelegenheit gehabt haben, zu zeigen, daß das praktische Rechtsgefühl der Gesetzgebungen die Wahrheit besser zu treffen und dem Begriffe näher zu kommen pflegt als die halbe Theorie der Autoren[2], so haben auch, während Mittermaier ihnen

---

aber auch für das ältere Recht den Grundsatz aufstellen, daß der Grundbesitz nicht im Gesammteigenthum der Familie stand, so ist doch bereits der Beweis geliefert worden, daß infolge späterer Entwickelung die Familie des deutschen Adels sich enger zusammengeschlossen hat, und daß gerade das Bedürfniß, das unbewegliche Vermögen in ihrem Interesse zusammenzuhalten, der Hauptgrund dieses Ereignisses war. Trotz jener Resultate, welche die Untersuchung für das ältere Recht ergeben hat, bleibt daher noch die Frage offen, ob nicht infolge jener spätern Rechtsentwickelung gegenwärtig ein Gesammteigenthum für die Familie des hohen Adels angenommen werden muß, und diese Frage ist unbedenklich zu bejahen; denn auf die angegebene Weise hat sich die Familie in dieser Sphäre auch rücksichtlich des Güterrechts durchaus als eine Genossenschaft constituirt, welche als selbständiges Rechtssubject Inhaberin von Eigenthumsrechten geworden ist." Aus der gründlichen, daselbst nachzulesenden nähern Ausführung, der im wesentlichen vollkommen beizustimmen ist, heben wir nur nachfolgende Sätze hervor (S. 55 fg.): „Zum Abschluß ist diese Bewegung im Familienrecht des Adels aber erst durch die Einführung besonderer Successionsordnungen gelangt, welche im Mannesstamme selbst die Bevorzugung eines Einzelnen festgesetzt haben. Das Verhältniß, welches in einem solchen Falle vorliegt, ist regelmäßig folgendes: Das Vermögen oder eine bestimmte Vermögensmasse ist an die Familie gebunden und steht im allgemeinen unter ihrem Einfluß; der Mannesstamm ist zunächst oder ausschließlich zur Succession berechtigt; von ihm wieder eine aus Gründen des Alters bevorzugte Person." „Die Familie, im gemeinsamen Beschluß ihrer vollberechtigten Mitglieder vertreten, ist im allgemeinen die berechtigte Person und die Eigenthümerin ihres Vermögens." „Die einzelnen Glieder der Familie sind verschieden gestellt. Der Erstgeborene succedirt jure proprio et singulari infolge der Familienbeliebung; er hat die Benutzung und Verwaltung des Familienvermögens, doch unbeschadet seiner Proprietät und Substanz."

[1] Im Art. Familiengüter, a. a. O., S. 334.

[2] Es läßt sich nicht verkennen, daß zu jener falschen Auffassung der Fideicommisse außer der theoretischen Verwirrung auch politische Einflüsse, wenn auch nicht bewußt, so doch nichtsdestoweniger merklich beigetragen haben. Meistens sind es liberale Schriftsteller, welche diese Meinung vertheidigt und accreditirt

zu hoher Ungebühr hierbei den Vorwurf eines Misverständnisses macht[1], die Gesetzgebungen der drei größten deutschen Staaten, Oesterreich, Preußen und Baiern, mit Recht anerkannt, daß das wahre Eigenthum des Fideicommisses sich bei der gesammten Familie befinde.

Und indem man die dem römischen Rechte entlehnten Bezeichnungen von dominium directum und dominium utile, in theoretischer Hinsicht nicht mehr ganz passend, was aber praktisch nicht den geringsten Unterschied gab, auf diese eigenthümlichen Verhältnisse des getheilten Eigenthums im deutschen Recht anwandte, wurde das Eigenthumsrecht der Familie als solcher (wozu auch der Fideicommißbesitzer als Mitglied gehört) als Obereigenthum, das des Besitzers als solchen aber — und diese Bezeichnung ist auch theoretisch ganz richtig — als bloßes Nutzungseigenthum qualificirt. So das Oesterreichische Gesetzbuch, Thl. II, §. 629: „Das Eigenthum des Fideicommißvermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen Fideicommißinhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein, diesem aber auch das Nutzungseigenthum zu."

Ebenso das Preußische Allgemeine Landrecht, Thl. II, Tit. 4, §. 72: „Dem jedesmaligen Fideicommißbesitzer gebührt das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses. §. 73. Das Obereigenthum befindet sich bei der ganzen Familie."[2]

Wenn also in einem dieser drei Staaten die Fideicommisse zur Aufhebung gelangten, so könnte hier nicht einmal ein Streit darüber stattfinden, daß schlechterdings nur in dem oben entwickelten Sinne zu verfahren sei und infolge der abrogirten Successionsordnung des alten Privatintestatgesetzes das gebundene Erbrecht der Familie in Gemäßheit des gegenwärtigen Intestatrechts zur freien Realisirung zu kommen habe.

Hier, sagen wir, könnte nicht einmal ein Streit darüber stattfinden; denn hier sind die Fideicommisse als im Eigenthum der ganzen Familie

---

haben. Der Liberalismus in seiner selber beschränkten Natur glaubte mit einem beschränkten Eigenthum der Fideicommißbesitzer durch den bloßen Fortfall der „Beschränkungen", über den dann mindestens die Eigenthümer nicht klagen konnten und wobei die Rechte der Agnaten zu bloßen Erwartungen wurden, leichter fertig werden zu können als mit dem Eigenthumsrecht der Familie! — Wo die Darstellung jener Verhältnisse von der Adelsseite selbst ausging, da wurden, wie z. B. von dem fürstlich Oettingen-Wallerstein'schen Hofrath Kohler, die Fideicommisse immer in ihrer begrifflichen Wahrheit als Eigenthum der gesammten Familie und ihrer künftigen Descendenz behauptet. So möge ihnen denn das Recht des Begriffs widerfahren!

[1] Privatrecht, 7. Aufl., I, 444.

[2] Vgl. Bairisches Edict, §. 43.

ſtehend durch die Geſetzgebungen ſelbſt anerkannt und jedenfalls alſo durch den Erlaß dieſer Geſetzgebungen längſt zu ſolchem Familieneigenthum geworden.

Aber auch anderwärts hat die oben auseinandergeſetzte rechtliche Natur der Sache, indem ſie ſich in der Form von Billigkeitsgründen, beſonders in Rückſicht auf das Recht der Agnaten, geltend machte, bereits ähnliche geſetzgeberiſche Reſultate herbeigeführt. So im Beginn dieſes Jahrhunderts in Piemont, wo noch vor der Vereinigung mit Frankreich die piemonteſiſche Conſulta durch ein Geſetz vom 6. Fructidor VIII die Fideicommiß- und Primogenitureigenſchaft für aufgehoben erklärt, die Unveräußerlichkeit der Güter aber, bis das Geſetz definitiv über das Rechtsverhältniß derſelben verfügt haben würde, proviſoriſch aufrecht erhalten hatte. Bald darauf erließ die Executivcommiſſion von Piemont das Geſetz vom 13. Nivôſe IX, durch welches in Rückſicht darauf, daß den jüngern Brüdern der gegenwärtigen Beſitzer und ihrer Deſcendenz durch die Aufhebung der fideicommiſſariſchen Succeſſionsordnung ſowol das Recht der eventuellen Nachfolge, als das ihnen ſchon unter dem Fideicommiß ſelbſt zuſtehende Abfindungsrecht entriſſen würde, verordnet wurde, daß den jüngern Brüdern der gegenwärtigen Beſitzer eine „assignation équitable" aus dem Fideicommißvermögen zugeſprochen werden ſollte, die in quantitativer Hinſicht das Pflichttheil aus demſelben, falls der letzte Vorbeſitzer erſt jetzt geſtorben wäre, nicht zu überſchreiten habe. Es heißt in den im Geſetz ſelbſt ausgeſprochenen Motiven in ſeiner officiellen franzöſiſchen Ueberſetzung: „Considérant 1° que la libre disponibilité des biens ci-devant liés à la Primogéniture et fideicommis ... a réellement amélioré la condition et augmenté le patrimoine des possesseurs desdits biens; 2° que la loi, en accordant cet avantage aux possesseurs actuels des biens primogéniaux, a le droit de les charger d'un correspectif proportionné en faveur des *puinés*, lesquels ayant jadis, à cause du lien de Primogéniture, été exclus de la successions simultanée dans lesdits biens, ont maintenant perdu tout espoir de succession éventuelle, à cause de la loi qui a rendu libres lesdits biens; 3° que le droit accordé aux *puinés*, d'obtenir une assignation congrue sur les biens primogéniaux même *avant* que ces biens eussent été effectivement rendus libres, *recevait nécessairement plus d'étendue d'après la résolution immédiate des liens.*" Und hierauf wird nun verfügt: „§. 4. Il est loisible aux frères puinés, qui jadis ont été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, d'obtenir par tête, ou à leurs descendants par *souche*, une *assignation équitable*, laquelle devra être fixée avec les égards convenables à tout ce que lesdits frères

eussent déjà obtenu de la succession du père, ou de tel autre ascendant commun, qui eût possédé auparavant les biens maintenant rendus libres par la loi, comme aussi à l'état et aux circonstances actuelles de la famille et des enfants des possesseurs susdits. §. 5. L'assignation ci-dessus ne pourra, en quelque cas que ce soit, excéder *la portion légitimaire* qui aurait *dû être séparée du patrimoine par le père ou ascendant commun*, dans le cas où, *au temps de son décès, il eût été libre de tout lien.*"

Niemand wird bei aufmerksamer Betrachtung dieses Gesetzes und seiner Motive leugnen können, daß es die instinctmäßige Operation der von uns entwickelten begrifflichen Natur der Sache ist, welche diesem Gesetz in letzter Instanz zu Grunde liegt und bereits darauf hinzwingt, obwol in falscher Form, den Fall so zu setzen, als wenn das Fideicommiß jetzt erst zur Vererbung käme. Weil aber der Begriff hier noch nicht in seiner sich selbst durchsichtigen Helle und seinem theoretischen Selbstverständniß, sondern als bloßes Billigkeitsgefühl ins Bewußtsein tritt, kann er auch nicht zu einer adäquaten Realisirung gelangen, und es werden daher nur die jüngern Brüder und diese nicht in der vollen Ausdehnung ihres wahrhaften Rechts berücksichtigt.

Daß nun aber in der That die hier bei der Aufhebung der Fideicommisse als nothwendig aufgezeigte sofortige Erbtheilung des Fideicommißvermögens nach dem Landesintestatgesetz unter den gegenwärtigen gleich nahen Descendenten des Stifters aus derselben Linie[1] die einzig rechtmäßige und dem fideicommissarischen Recht entsprechende ist, das läßt sich noch auf das schlagendste und entscheidendste durch ein argumentum a fortiori nachweisen, welches zu seiner Grundlage nichts Geringeres als die gesammte, einmüthige Jurisprudenz aus den Zeiten des deutschen Reichs hat.

Wir meinen den Fall, wo Fideicommisse statt, wie in der von uns betrachteten Voraussetzung durch rechtliche Veränderung, vielmehr aus factischen Gründen untergehen.

Nichts Anderes stellt nämlich der Fall dar, wenn der Mannsstamm des Stifters überhaupt ausstirbt, wo dann also durch factische Veränderung die fideicommissarische Successionsordnung hinfällig wird.

---

[1] „Aus derselben Linie", sagen wir. Denn das Fideicommißinstrument ist so zu interpretiren (vgl. oben S. 336): es solle primo loco dieser Linie und ihrer Descendenz das Erbrecht übertragen sein und zwar, in aeternum oder eventuell solange dies rechtlich zulässig ist, nach Maßgabe der Primogeniturordnung, und sowie dies zulässig zu sein aufhört, nach Maßgabe des dermaligen Intestatrechts. Was wir bald über die Verwerfung der Ansprüche der heredes regredientes im alten Recht hören werden, ist dieser Auffassung entflossen.

Die Doctoren haben nun einstimmig entschieden, worauf schon oben Bezug genommen, daß in diesem Falle das Successionsrecht der weiblichen Descendenz, wenn diese nicht nur durch die Stiftungsurkunde ausgeschlossen war, sondern auch verzichtet und selbst eidlich verzichtet hatte, weil es eben nur durch die Successionsordnung gebunden und latent war, in voller Wirksamkeit wieder zum Vorschein kommt.

Man sehe Knipschildt, a. a. O., VIII, Nr. 265 (S. 359 der ulmer Ausg. von 1661): „Quamvis autem foeminae, masculis extantibus in his fideicommissis familiarum Nobilium non succedant, secus tamen est, si masculi nulli ex testatoris sive institutoris familia et agnatione extent, *tum enim focminas in iisdem succedere non dubito*, et tradunt Grassus etc. etc. *Quia tunc cessat ratio exclusionis, agnationis nimirum conservatio*, cum nulli supersint agnati, atque *ideo ipsa exclusio cessabit*, cum *generalis sit regula* quod *cessante causa cessat effectus* et *cessante causa dispositionis, privilegii, prohibitionis, favoris, exclusionis, renunciationis, ipsa* cessat *dispositio* (vgl. oben S. 341), privilegium, prohibitio, favor, exclusio et renunciatio de qua infra, cap. 16 et 17 sq., Nr. 268: Hinc quoque quando statutum extat foeminas propter masculos excludens, nihilominus tamen masculis deficientibus, foeminas admitti *communis doctorum est conclusio* (worauf die Citationen folgen). Et in *renunciationibus* foeminarum idem obtinere, ut masculis deficientibus foeminae admittantur, tradit Bartolus Muscul. etc., Nr. 270: Ita enim in jure *primogeniturae et majoratus*, masculis deficientibus, foeminae admittantur, worauf es nach massenhaften Citationen also fortgeht: atque hoc etiam colligitur ex *verisimili mente ipsius disponentis, sive fideicommissum instituentis*, qui si interrogatus fuisset, quem praeferre vellet eo casu, quando omnes de agnatione filiorum suorum mortui essent, utique non extraneos ullos, sed proprias filias vel neptes responsurus fuisset. Cum major sit affectio erga cognatos et consanguineos quam extraneos etc. etc. [1], praesertim vero parentum erga liberos et descendentes suos etc. etc. At vero in omni dispositione *illud actum* esse intelligitur *quod est verisimile* etc. etc., *omnisque dispositio intelligi debet secundum affectionem et charitatem* quam *disponentes erga personas habuerunt* et quaelibet dispositio in favorem *eorum* erga quosquos affectio fuit, *ita restringi debet ut magis dilectus melioris sit conditionis illudque in dubio pro disposito et expresso habetur, de quo si dispo-*

[1] Wir deuten durch das etc. die Citationen der römischen Gesetze und der Autoren an.

uentes interrogati, verisimiliter responsuri fuissent (vgl. oben S. 341 und 336 fg.; es wird jetzt in die Augen springen, wie das von uns über die bei der rechtlichen Aufhebung der Fideicommisse eintretende rechtmäßige Folge, resp. über die Succession der Weiber Gesagte sich ganz durch diesen Maßstab als der muthmaßliche Wille des Stifters und als die einzig legitime, den Act nicht denaturirende Interpretation desselben rechtfertigt).

Ebenso Pütter in seinen Institutiones juris publici Germanici, §. 454: ... Sin universea familiae stirps mascula deficit, *filiabus a primo adquirente oriundis earumque posteris jus succedendi* aperitur etc. Ebenso Selchow, Professor zu Göttingen, in seinen Elementa juris publici Germanici, §. 509 und 510, und in seinen Elementa juris Germanici privati hodierni, §. 632. Aber es herrscht darüber auch nicht der geringste Streit, sondern nur darüber herrscht eine lebhafte Controverse, ob die Töchter des letzten Besitzers oder die dem Stifter vielleicht nähern Descendentinnen der früher übergangenen weiblichen Linien — deshalb heredes regredientes genannt — vorgehen. Die eben angezogenen Autoren verwerfen diese letztere Ansicht[1], was eben auf dem ganz richtigen Gedanken beruht, daß, wie wir oben (S. 352, Nr. 1) zeigten, jeder durch die Successionsordnung einmal an die Reihe gekommenen Linie *primo loco* Successionsordnung und Erbrecht — also Vorrang in demselben — übertragen worden sei, während Andere sogar so weit gehen, die dem Stifter näher verwandten Töchter weiblicher Descendenz rufen zu wollen.[2]

Ebenso steht fest, daß, wenn nun einmal ein Fideicommiß durch das Aussterben männlicher Agnaten in weibliche Hand gelangt, hierdurch von selbst das fideicommissarische Band fortgefallen und das Gut in Bezug auf Veräußerlichkeit wie in jeder andern Hinsicht seine ursprünglich freie Natur ipso jure wiedererlangt hat. Quando[3] autem semel ad hujusmodi fideicommissorum successionem admissa (näm-

---

[1] Ohne aber natürlich das Erbrecht auch jener weiblichen Descendenz zu leugnen. So sagt Selchow a. a. O. ausdrücklich: „*Licet* enim *omnes foeminae a primo adquirente descendentes*, *jus* habeant *succedendi*, extincta gente masculina, *ordo* tamen successionis, secundum omnia jura quae unquam in Germania obtinuerunt et etiam nunc obtinent, semper ab *ultimo defuncto* ducitur", und ebenso Pütter, der unmittelbar nach den oben citirten Worten fortfährt: „in *ordine* autem *succedendi* merito filia ultimi defuncti *praefertur* remotioribus ad hereditatem filiae olim renunciatae nunc *regressuris* vulgo *heredibus regredientibus*".

[2] Z. B. Georg Everhard, Professor der Rechte zu Ingolstadt, Opp., T. VI, quaest. XLII (Augsburg 1699).

[3] Knipschildt, a. a. O., Kap. 8, Nr. 284, S. 364.

lich an Weiber), *ipsum fideicommissum evanescit* et *bona ista ad primaevam suam naturam liberam redeunt* et *alienari* possunt, quia *hoc casu cessat ratio prohibitae alienationis* et *sic ipsa prohibitio*. Et paria sunt *non* esse causam et *eam esse finitam* per L. 1 ff. de condit. sine causa etc. et *qua ab initio valent*, si per eum perveniunt casum *a quo incipere nequeunt, vitiantur*. (Hier vgl. man nun das oben §. 7, S. 240—251, über diese Pandektenregel Erörterte.)

Untersucht man nun, was in diesen Sätzen gegeben ist, so ist es nichts Anderes als der Satz: daß, wenn durch factische Veränderung die fideicommissarische Successionsordnung aufgehoben wird, das Intestaterbrecht der Familie des Stifters wieder auflebt und das Gut also nach Maßgabe des gemeinen Intestatrechts unter den gegenwärtigen gleichnahen Familiengliedern des Stifters aus der nach der Primogeniturordnung zuletzt im Fideicommißbesitz gewesenen Linie zur freien Vererbung, resp. Theilung kommt.

Wenn dies aber schon bisher stets unter der Jurisprudenz des Reichs im Falle der factischen Beseitigung der fideicommissarischen Successionsordnung der Fall war, so wird dies mindestens und um so viel mehr bei der, wie wir überall nachgewiesen haben (s. §. 10), nur noch weit stärker wirkenden rechtlichen Beseitigung dieser Successionsordnungen eintreten müssen, und nur der gänzliche Mangel an systematischer Auffassung war schuld, daß dies solange übersehen werden konnte. Wie aber — im Falle der factischen Beseitigung — die fideicommissarische Successionsordnung erst dadurch und daher auch erst in dem Augenblick untergeht, wo der letzte das Fideicommiß besitzende Agnat stirbt, der also, solange er lebt, immer noch auf Grund der noch existenten Successionsordnung besitzt, ebenso ist im Fall der rechtlichen Prohibition der fideicommissarischen Successionsordnung, durch welche also solche Willensbestimmungen als von jetzt ab unwirksam bestimmt werden, der derzeitige Fideicommißbesitzer *qua* solcher im Momente dieses Gesetzes gestorben, und succedirt darum nun sich selbst, zugleich mit seinen Brüdern und Schwestern als den gleich nahen Verwandten des Stifters in derselben Linie, und ohne Vorzug vor diesen als Intestaterbe in das frei gewordene Gut.

Noch einfacher und unbestreitbarer gilt dasselbe, was wir für die Aufhebung der Fideicommisse entwickelt haben, für diejenige der Lehne. Hier kann nämlich deshalb auch nicht einmal eine Bestreitung versucht werden, weil ja der einzige Vorwand einer solchen, die falsche Thesis, daß die Güter das beschränkte Eigenthum des Besitzers seien, in Bezug auf die Lehne noch von niemanden aufgestellt worden ist, und natürlich hier auch nicht aufgestellt werden konnte. Denn da bei den Lehnen das

Obereigenthum anerkanntermaßen beim Lehnsherrn ruht, so blieb für den Belehnten von selbst nur ein Nutzungseigenthum übrig, was hier niemals in Abrede gestellt wurde. Nur muß man sich hüten, etwa so argumentiren zu wollen: wenn ein Gesetz wie z. B. das preußische vom 2. März 1850 das Obereigenthum des Lehnsherrn aufhebt, so vereinigt sich dasselbe von selbst mit dem Nutzungseigenthum, und es geht also wie nach dem römischen Satze, daß der Nießbrauch, wenn er mit dem Eigenthum einmal vereinigt wird, ipso jure untergeht, von selbst das Nutzungseigenthum in volles Eigenthum über. Der Satz ist allerdings ganz richtig; nur muß er auch richtig angewendet werden. Das Nutzungseigenthum wird allerdings durch die Aufhebung des lehnsherrlichen Obereigenthums zum vollen Eigenthum, aber natürlich nur zum vollen Eigenthum dessen, bei dem sich bis dahin auch das Nutzungseigenthum befand. Nun ist aber niemals bestritten worden, daß das Nutzungseigenthum an den Lehnen nicht bei dem actuellen vasallischen Besitzer, sondern wiederum bei der ganzen Familie desselben ruht. Und es konnte dies natürlich auch gar nicht bestritten werden, da bei der Umwandlung, die im 11. Jahrhundert in den Lehnsverhältnissen eintrat, im longobardischen Lehnrecht durch das Gesetz selbst, im deutschen Lehnrecht aber durch die Mitbelehnung, das Nutzungseigenthum auf die ganze Familie, Descendenz wie Agnaten, übertragen, diesen daher das Revocations- und Lehnsretractrecht bei Veräußerungen des Vasallen eingeräumt wurde[1] u. s. w.

Es wird daher hier sogar von denen, welche die Fideicommisse als ein beschränktes Eigenthum des Besitzers behaupten, dieses bei der ganzen Familie beruhende Nutzungseigenthum an den Lehen unbedenklich zugegeben, z. B. Dieck am oben a. O.[2]: „In der mitgetheilten Stelle des schwäbischen Lehnrechts heißt es ausdrücklich, die deutschen Mitbelehnten, oder, was für uns dasselbe sagt, die deutschen Sammteigenthümer hätten gleiche Gewehr an dem gemeinschaftlichen Gute; keiner dürfe für sich allein über die Sache verfügen ohne der Andern Zustimmung.“ „Wie aus diesem Text hervorgeht, bezieht sich das, was oben im Betreff der Verfügung über die Substanz der Sache gesagt worden, auch auf die Nutzungen derselben. Selbst diese sind gemeinschaftlich, und keiner kann über die gemeinschaftliche Sache auch in dieser Beziehung ohne die Einwilligung der Uebrigen eine einseitige Verordnung erlassen. Nur wenn eine sogenannte Mutschirung oder Oerte-

[1] Siehe II, F. 26, §. 13; II, 37, 50; II, F. 39; II, F. 83. Eichhorn, Deutsche Geschichte, Thl. II, §. 259, Not. C; Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 359; Zachariä, Handbuch des sächs. Lehnsrechts, §§. 161, 662.

[2] Art. Dominium, S. 494.

rung, die aber wiederum allseitige Uebereinstimmung erfordert, stattgefunden hat, kann jeder über den ihm zugefallenen körperlichen Theil für die Zeit der Mutschirung in Bezug auf den Fruchtgenuß selbstständige Einrichtungen treffen, ungeachtet der in diesem Falle fortbestehenden Gemeinschaft."

Da also das Nutzungseigenthum bei den Lehen bei der ganzen Familie beruht, so wird durch die rechtliche Unterdrückung des lehnsherrlichen Obereigenthums jenes Nutzungseigenthum allerdings ipso jure zum vollen Eigenthum, aber in den Händen dessen, welcher das wahre Rechtssubject dieses Nutzungseigenthums ist, d. i. der ganzen Familie des ersten Erwerbers; und wenn nun die Primogeniturordnung, innerhalb welcher die Glieder derselben infolge der Mitbelehnung oder des Lehnrechts selbst in die Ausübung ihres gemeinsamen Nutzungsrechts einrücken sollten, aufgehoben wird, so kann dies wiederum nur dadurch geschehen, daß dies jetzt zum vollen Eigenthumsrecht gewordene, aber durch diese aufzuhebende Successionsordnung noch gebundene Eigenthumsrecht der dem ersten Erwerber gleich nahen lebenden Glieder derselben Linie, statt widerrechtlich unterdrückt zu werden, zur Erfüllung und individualisirten Ausführung gelangt. Oder der Lehnsvasall ist *qua* solcher als in diesem Augenblick gestorben zu betrachten und als ein solcher anzusehen, der nun nach gemeinem Intestatrecht und darum mit den ihm gleichnahen Geschwistern in das durch die Unterdrückung des Obereigenthums zum vollen Eigenthum gewordene freie Erbe succedirt, während die entferntern Agnaten ihre Exclusion nicht für eine Rechtsverletzung oder Rückwirkung ausgeben können, da sie von dem Antheil nicht, wie die Geschwister des vasallischen Besitzers, blos durch die abolirte Successionsordnung, sondern durch das primo loco bei diesen ruhende Erbrecht derselben überwunden und ausgeschlossen werden.

III. Obligationen aus Delicten. Aquilische Culpa und Culpa bei Verträgen. Die römische Obligationeneintheilung.

In Bezug auf die Obligationen aus Delicten galt bisher ganz unbestritten die Ansicht, daß sie in allen Fällen zu beurtheilen seien nach dem zur Zeit des begangenen Delicts geltenden Gesetz. Aber welches wäre der Werth eines wissenschaftlichen Beweises, durchgeführt durch das gesammte System der Rechte und Schritt für Schritt belegt mit der Empirie aller Zeiten, wenn er nicht die Kraft haben sollte, noch so allgemein getheilte Vorurtheile zu beseitigen?

Die Reihe der hier entscheidenden Betrachtungen ist folgende: Der Erwerb eines Schadenersatzanspruchs auf Grund eines Delicts ist ein Erwerb, der lediglich aus dem Gesetz als solchem fließt. Es würde heißen die Fiction bis zum Unsinn treiben, wenn man sagen wollte: wenn mir jemand den Arm zerbricht, will er mir dadurch diesen und diesen Entschädigungsanspruch stipuliren. Sein Wille ist vielmehr blos der, mich zu beschädigen, nicht der, mir etwas zuzuwenden. Die Entschädigung ist eine lediglich durch das Gesetz dieser Handlung auferlegte Folge. Aber selbst trotz einer solchen Fiction würde der Entschädigungsanspruch des Berechtigten niemals ein erworbener sein, da er die bloße Folge eines seinerseits durch keinen, auch nicht latenten Willen vermittelten Leidens, und also nur ein dem Gesetz als solchem entfließender, legaler ist. Da sich aber der Beschädiger mit dem Platzgreifen dieses Gesetzes allerdings durch eine freie Willenshandlung vermittelt, die er je nach den ihr vom Gesetze gegebenen Folgen auch hätte unterlassen können, so folgt hieraus, daß dem Beschädiger niemals ein Schadenersatz auferlegt werden kann aus einer Handlung, die nach dem

Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung zu *keinem* solchen Anspruch berechtigte, und ebenso, daß niemals ein *größerer* Schadenersatzanspruch gegen ihn erhoben werden kann, als derjenige, welcher nach dem damaligen Gesetze möglich war.

Nicht anders als wie bei den dolosen, verhält es sich mit den culposen Delicten und der aus ihnen entspringenden civilen Schadenersatzpflichtigkeit. Denn die Anschauung ist hier nicht die, daß für ein *Nichtgewolltes* als solches die gesetzliche Schadenersatzpflicht eintritt, sondern daß es[1] wiederum *willkürliche Selbstbestimmung* ist, in Sachen nicht zu wollen, in welchen der normale Wille wollen kann und soll.[2]

Die aus Delicten und Quasidelicten entspringende Obligation ist also seitens des Verpflichteten immer eine Folge einer *Willenshandlung* desselben (wenn auch, wie ebenso festgehalten werden muß, keine *gewollte*, sondern nur eine *gesetzliche* Folge derselben), und kann deshalb die Lage des Handelnden durch kein späteres Gesetz zu seinem Nachtheil abgeändert werden (§§. 1 und 12).

Völlig verschieden ist dagegen die Lage des Berechtigten.

Passiv der Beschädigung gegenüber, ist sein Anspruch kein Product seiner individuellen Willenshandlung, und es kann auch das Erleiden der Beschädigung nicht als eine stillschweigende Acceptation eines Entschädigungsanspruchs dargestellt werden, da ebenso wenig, wie seitens des Beschädigers ein stillschweigender Wille zum Ersatz, seitens des Beschädigten eine Einwilligung in die ihm zugefügte Beschädigung und somit keine Acceptation vorliegt.

Der Anspruch des Beschädigten bildet somit ein nur legales Recht, das erst durch die *Klageanstellung* vom Individuum ergriffen und zu einem *erworbenen* gemacht wird.

Hieraus würde also zunächst gefolgert werden müssen, daß nach einmal angestellter Schadenersatzklage der Anspruch des Berechtigten durch

---

[1] Vgl. oben „Lehre vom Irrthum" u. s. w.

[2] Darum entspringt im römischen Recht für furiosi, dementes und infantes, d. h. für solche, die eines vernünftigen Willens überhaupt nicht fähig sind, auch aus unerlaubten Handlungen *keine* obligatio, s. L. 5, §. 2, D. ad leg. Aquil. (9, 2); Inst., §. 18, de oblig. (4, 1), und Baugerow, Pandekten, III, 39 fg. Auch im französischen Recht wird das ganz consequent festgehalten, und die Schadenersatzpflicht trifft daher nur diejenigen, welche mit ihrer Ueberwachung betraut waren; s. Pothier, Obligat., Nr. 128; Delvincourt, III, 682; Favard v° Délit. et quasi-délit. Nr. 1; Revue de législ., 1846, I, 309. — Ebenso verfügt das Allg. Landrecht ausdrücklich, Thl. I, Tit. 6, §. 39: „Ein durch *unwillkürliche* Handlungen verursachter Schade kann dem Handelnden nicht zugerechnet werden", und in §§. 41 u. 42 das., daß bei einem durch Wahn- und Blödsinnige und Kinder veranlaßten Schaden der Ersatz mindestens principaliter in dem Vermögen der Aufseher und Aeltern gesucht werden muß.

ein neues, die Obligation aufhebendes oder verminderndes Gesetz nicht mehr berührt wird. — Allein aus einem zweiten Grunde wäre auch dies irrig.

Jedes Gesetz, welches eine aus einem Delict oder Quasidelict entspringende Obligation aufhebt, verhält sich nämlich stets zu dem Dasein derselben, d. h. dagegen, daß das Individuum *gegen seinen Willen* zu dem *Schadenersatz* solle gezwungen werden können, nothwendig prohibitiv, und es treten daher folgeweise die in §. 8 entwickelten begrifflichen Gesetze ein.

Wir haben oben (S. 299) bei Betrachtung des Strafrechts gesehen, daß bei der Aufhebung von Verbotsgesetzen der geistige Gegensatz ein so absoluter sein kann, daß die früher ein Delict constituirende Handlung jetzt als eine unbedingt rechtliche und selbst pflichtmäßige angeschaut wird. Betrachten wir z. B. den dort angeführten Fall, daß bei einem Widerstand gegen ungesetzliche Verhaftung ein Beamter verwundet oder getödtet wird, so wird, wo die Vorschrift besteht, daß auch ungesetzlichen Anordnungen obrigkeitlicher Personen vorläufig Folge geleistet werden muß, eine Schadenersatzaction der Beamten oder seiner Familie begründet sein. Wenn aber, gleichviel ob vor oder während der Klage, die Gesetzgebung den Grundsatz in sich aufnimmt, wie z. B. der oben citirte Artikel der Verfassung von 1793, daß jeder erforderliche Widerstand gegen obrigkeitliche Verübung ungesetzlicher Gewalt das unbedingteste Recht und selbst eine Pflicht des Bürgers sei, so wird natürlich ein Schadenersatz aus dieser Handlung, welche zur Zeit des Urtheils durch das öffentliche Rechtsbewußtsein als eine verdienstliche anerkannt wird, nicht mehr zugesprochen werden können. Und als eine sinnfällige argumentatio ad hominem für die Unrichtigkeit des Satzes, daß es bei der Obligation aus Delicten stets auf das Gesetz zur Zeit der Handlung ankommen müsse, kann dies Beispiel allerdings dienen.

Allein nicht in der Besonderheit dieses schneidenden Uebergangs von schlecht zu gut, von Delict zur Pflicht, liegt der *prohibitive* Charakter des neuen Gesetzes. Dieser ist vielmehr stets vorhanden, wo durch ein neues Gesetz nicht nur die auf eine delictartige Handlung gesetzte Strafe, sondern auch der aus ihr *hervorgehende Civilanspruch* aufgehoben wird, wo also der Kreis der *individuellen Rechtsbefugniß dahin* erweitert worden ist, daß eine früher unerlaubte Handlung jetzt als *innerhalb* desselben fallend angesehen wird. Denn es ist dann zur Zeit des Urtheils *kein Delict* mehr vorhanden, aus dessen Dasein heraus allein die Verurtheilung erfolgen kann.[1] Es treffen dann die

[1] Selbstredend wendet sich das Obige ebenso sehr auf die eigentlichen Delicte, wie auf die delictartigen Handlungen (Quasidelicte) an, und greift ferner ebenso

Ausführungen der §§. 7 und 8 ein, daß nach dem neuen Gesetze aus diesem Rechtsgrund schlechterdings nichts mehr erworben werden kann und also ein Prohibitivgesetz[1] erster Klasse (S. 213 fg.) vorliegt, von dessen Eintreten auch alle bereits entstandenen Verhältnisse — solange der bestimmte juristische Erwerbungsgrund bei ihnen noch in Betracht kommt — getroffen werden.

Die hängige Klage kann daher um so weniger irgendein Bedenken erregen, als alle durch sie wie durch andere individuelle, selbst contractliche Willenshandlungen erworbenen Rechte, wie wir gesehen haben, immer nur bis auf die Zeit des Eintretens solcher Prohibitivgesetze erworben werden.

Allein es muß hier genau hervorgehoben werden, wie weit der prohibitive Inhalt des neuen Gesetzes sich erstreckt.

Offenbar geht aber — abgesehen von solchen Handlungen, die nicht Gegenstand eines Vertrags sein können — die Prohibition nicht dahin, daß Schadenersatz nicht stattfinden soll, sondern nur dahin, daß er, wie wir deshalb bereits hervorgehoben haben, dem Individuum nicht gegen seinen Willen, nicht als Ausfluß des bloßen Gesetzes auferlegt werden können soll. Die Prohibition, welche in der Abschaffung des Verbotsgesetzes enthalten ist, richtet sich also nur gegen das Dasein der Obligation *ex lege*, nicht gegen ihr Dasein *ex contractu*.

Die hängige Schadenklage würde also durch ein neues, den delictartigen Charakter der Handlung aufhebendes Gesetz nicht beseitigt werden, wenn die Schadenaction nicht blos durch das Gesetz, sondern auch noch durch eine freiwillige Verpflichtung des beschädigenden Individuums begründet wäre. Denn gegen letztere richtet sich die in dem neuen Gesetz (oder in der Aufhebung des frühern Gesetzes) liegende Prohibition gar nicht; auch das durch die Klageanstellung erworbene Recht würde also bestehen bleiben.

In der That aber wäre das erworbene Recht gar nicht erst durch

---

sehr wie bei der durch das neue Gesetz bewirkten qualitativen Aufhebung des Schadenanspruchs, auch bei seiner quantitativen Verminderung platz, wenn z. B. statt quanti interest nur noch damnum emergens ersetzt werden soll, oder auch statt des mittelbaren Schadens nur noch unmittelbarer u. s. w. Diese quantitativen Bestimmungen des Schadenersatzes stellen sich von selbst als qualitative Aufhebungen der bestimmten Ersatzpflichtigkeit gewisser Handlungen dar.

[1] Wenn wir hier von Prohibitivgesetz reden, so versteht sich wieder von selbst, daß dasselbe nicht ein ausdrückliches zu sein braucht. Die Abschaffung eines bestehenden Schadenersatzgesetzes, oder die Consacrirung neuer Rechtsgrundsätze, durch deren Consequenz die den Anspruch bisher begründenden aufgehoben werden, enthält von selbst nothwendig und vollständig die rechtliche Negation, von der wir sprechen.

die Klageanstellung, sondern schon vorher durch jede stillschweigende oder ausdrückliche Acceptation jener freiwilligen Verpflichtung gegeben. Mit andern Worten: Wir haben hier den Grund entwickelt, warum es für die als Verletzung eines Vertragsverhältnisses erscheinende Culpa und die darauf gestützte Schadenklage immer nur auf das Gesetz zur Zeit des Contracts, und nur für die selbständige (aquilische) culpa auf das spätere Gesetz zur Zeit der Klage, resp. des Urtheils ankommen kann.

Denn durch die Eingehung eines Vertragsverhältnisses ist die Frage, welche diligentia die Parteien einander zu leisten haben, und für welche Handlungen oder Unterlassungen sie einander schadenersatzpflichtig sein sollen, als durch stillschweigende Willensverfügung festgestellt zu betrachten, ebenso sehr, als wären die hierüber zur Zeit bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen.[1]

Diese Unterscheidung zwischen der selbständigen und der in Vertragsverhältnissen unterlaufenden culpa rechtfertigt sich durch unsere gesammte Theorie sowie durch die Unmöglichkeit, zu unterstellen, daß die Parteien bei Eingehung des Vertrags ohne Willen über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten in dem eingegangenen Verhältniß gewesen sein sollten. Sie beweist sich endlich auch dadurch, daß nach Römischem und Preußischem Recht, bei einem in einem Vertragsverhältniß eingetretenen Versehen, wenn es auch derart ist, daß, selbst abgesehen vom Vertrage, ein Rechtsanspruch entstehen würde, der Berechtigte gleichwol nicht zur aquilischen Action zu greifen braucht, sondern auch mit der Contractsklage die Ausgleichung verfolgen kann[2], worin also die durch das Vertragsverhältniß bewirkte Umkehrung der gesetzlichen Bestimmungen in Willensbestimmungen deutlich hervortritt.

Durch unsere Beweisführung selbst ist aber zugleich schon gegeben, daß, wie auch bereits oben bemerkt, das zuletzt Gesagte nur von solchen Handlungen gilt, über welche die Privatwillkür paciſciren kann, da nur bei diesen die stillschweigende oder selbst ausdrückliche Willensbestimmung der Parteien darüber, ob und daß sie schadenpflichtig sein sollen, in Betracht kommen kann.[3] Ist also nach dem neuen Gesetze die Handlung

---

[1] Das Allg. Landrecht behandelt daher mit Recht wegen dieses constitutiven Unterschieds die aquilische culpa und die als Verletzung von Vertragspflichten erscheinende culpa an zwei getrennten Orten, letztere in Thl. I, Tit. 5, §§. 277—291, erstere in Thl. I, Tit. 6.

[2] Siehe Koch, Lehrbuch, Bd. 1, §. 142; Hiersemenzel, Vergleichende Uebersicht des röm. und preuß. Privatrechts, I, 133.

[3] Vgl. z. B. Allg. Landrecht, Tit. 5, Thl. I, §. 298, über die Conventionalstrafe: „Ist eine Handlung zur Strafe gesetzt, welche selbst kein Gegenstand eines

einerseits nicht schadenpflichtig, andererseits zugleich eine solche, die nicht Gegenstand eines Vertrags sein kann, so fällt der Anspruch nothwendig fort, auch wenn die den Schaden veranlassende Handlung oder Unterlassung in einem Vertragsverhältnisse eingetreten ist.

In dem Vorstehenden ist die Frage nach ihren allgemeinen Grundlinien erschöpft, ob und wenn dolose und culpose Delicte in Bezug auf die aus ihnen entspringende Obligation nach den Gesetzen zur Zeit der Handlung oder nach denen zur Zeit der Klage und resp. des Judicats zu beurtheilen sind. Wenn man die Ursachen des bisher allgemein üblichen Irrthums aufsucht, daß es für die Obligationen aus Delicten immer nur auf die Gesetze zur Zeit der Handlung ankomme, so liegt diese Ursache unter anderm wol besonders auch darin, daß im Römischen Recht überall die Obligationen aus Delicten mit denen aus Contracten zusammengestellt werden. Aber hierbei ist dann übersehen, daß diese Zusammenstellung nicht eine Gleichstellung, sondern vielmehr eine Gegenüberstellung ist.

Die römische Eintheilung der Obligationen in Obligationen ex contractu, ex quasi contractu und ex delicto hat den wahrhaften Gedanken in sich, obgleich dieser noch nicht in sich selbst durchsichtiger Form auftritt. Sie beruht gerade auf dem Gedankengegensatz der Verpflichtung durch die eigene Willensbestimmung und der Verpflichtung durch das Gesetz, eine Eintheilung, bei welcher dann die aus dem vorausgesetzten Willen der Person entspringenden Obligationen — die Obligationen quasi ex contractu s. oben §. 2, C. — mit Recht als eine Erweiterung zu den Obligationen ex contractu hinzutreten. Weil der Gedanke dieser Eintheilung noch nicht sich selbst durchsichtig geworden ist, tritt er noch in großer Aeußerlichkeit auf. Es gibt für sich nicht leicht etwas Aeußerlicheres und Unbeholfeneres als das in den römischen Rechtsquellen überall auftretende Argument, weil eine Obligation nicht ex contractu noch ex delicto entspringe, so müsse sie quasi ex contractu entspringen, oder weil sie nicht ex contractu sei, so müsse sie quasi ex delicto sein.[1] Allein es wird dabei stets das Richtige getroffen, weil es der von uns entwickelte Gedanke ist, welcher das zu Grunde lie-

---

Vertrags sein kann, so ist die Verabredung, insofern sie die Strafe betrifft, nichtig."

[1] Z. B. Inst. pr. de obligat. (3, 27): „Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, *quia non ex maleficio* substantiam capiunt, *quasi ex contractu* nasci videntur"; und das. §§. 3, 5, oder Inst. pr. de oblig. quae quasi etc. (4, 5): „Si judex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed *quia neque ex contractu* obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur *quasi ex maleficio teneri*."

gende und in der praktischen Anwendung immer festgehaltene[1] Princip der Eintheilung bildet. Näher betrachtet, liegt endlich in diesem stets wiederkehrenden Argument, daß, wenn eine obligatio nicht ex maleficio sei, sie ex contractu sein müsse und umgekehrt, gerade das Bewußtsein des directen Gegensatzes, in welchem beide Arten von Obligationen zueinander stehen, und eben dieser Gegensatz ist es gerade, welcher, wie entwickelt worden, bei den Delictobligationen als solchen, die nur aus dem Gesetze herfließen, für den Gesetzwechsel die entgegengesetzte Behandlung von Contractsobligationen nothwendig zur Folge haben muß. Auch sind die römischen Rechtsquellen selbst weit entfernt davon, den von uns gerügten Irrthum zu theilen. Als Beweis kann der Ausspruch Ulpian's dienen[2], daß, wenn der tödlich verwundete Sklave freigelassen und zum Erben erklärt worden und dann gestorben ist, die aquilische Action von seinem Erben nicht erhoben werden könne. „Quia", fügt die L. 16 daselbst aus Marcian hinzu, „in eum casum res pervenit *a quo incipere non potest.*"[3] Käme es bei der Delictsobligation, wie bei den contractlichen, auf das Gesetz zur Zeit der Handlung an, so müßte der von dem Herrn erworbene und von ihm auf den Sklaven und den Erben desselben vererbte aquilische Anspruch nach wie vor einklagbar sein. Allein durch die eingetretene factische Veränderung der Freilassung liegt zur Zeit der Klage der Fall der aquilischen Schadenpflichtigkeit — die Tödtung eines Sklaven — gegenwärtig gar nicht mehr vor, und deshalb kann die Action nicht erhoben werden. Der Anspruch ist durch das Factum der Freilassung untergegangen.

Daß aber die rechtliche Aufhebung der Schadenpflichtigkeit jedenfalls noch stärkere Folgen haben muß, als die factische, folgt aus unsern frühern Untersuchungen von selbst (§. 10).

---

[1] So wird z. B. mit Recht und großer Consequenz die Verpflichtung des Erben gegen den Legatar als eine obligatio quasi ex contractu aufgefaßt (vgl. hierüber beim Erbrecht), aber dies wieder nicht aus der innern Natur der Sache entwickelt, sondern — quia *ex maleficio non est obligatus* (!!) heres, quasi ex contractu debere intelligitur. Inst. §. 5, h. t. (3, 27).

[2] L. 15 ad Leg. Aquil. (9, 2): Sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse.

[3] Siehe oben S. 241 fg.

IV. Uneheliche Kinder.

Eine äußerst lebhafte Controverse ist durch den Art. 340 des Code civil veranlaßt worden, welcher verfügt: „La recherche de la paternité est interdite.“ Merlin meint geradezu, daß derselbe auf die vor dem Code civil geborenen unehelichen Kinder gar nicht anwendbar sei.[1] Aber Merlin steht unter den Franzosen mit dieser Ansicht fast ganz allein. Meyer[2] ist der Ansicht, daß jede noch nicht angestellte Klage durch diesen Gesetzartikel verhindert werden müsse, und in demselben Sinne hat der Cassationshof von Paris durch Urtheil vom 6. Febr. 1833 entschieden.[3] Struve[4] gibt zu, daß der Artikel seinem Wortlaut nach auch auf die bereits geborenen unehelichen Kinder bezogen werden müsse, greift ihn aber eben deshalb als einen rückwirkenden mit Heftigkeit an. Bergmann[5] gibt zu, daß dies Verbot der Paternitätsklagen auf jeden nach dem Tage des Verbots beginnenden, dagegen aber auf keinen bereits begonnenen Proceß anzuwenden sei, eine Einschränkung, welche auch die Ansicht Weber's bildet.[6]

---

[1] Rép. de Jurisp. v° Effet rétr., Sect. III, §. 2, Art. 7, Thl. 5, S. 550 fg. Der Ansicht Merlin's pflichtete bei der Einführung des Code Napoléon in Baden das großherzogl. badische Publicationspatent bei, indem es in §. 7 die Anwendbarkeit des Kapitals über die unehelichen Kinder ausdrücklich auf die noch nicht Geborenen beschränkte.

[2] Principes sur les questions transitoires, p. 206 sq.

[3] Sirey, Recueil 33, I, 220.

[4] Ueber das positive Rechtsgesetz u. s. w., S. 233.

[5] A. a. O., S. 289.

[6] Ueber die Rückanwendung u. s. w., S. 80 fg., 138 fg. Dies ist auch die Ansicht von Laffaulx, Annalen, I, 272.

Savigny[1] ist der Ansicht, daß man dies Gesetz mit Unrecht angegriffen, als ob es eine ungehörige Rückwirkung enthielte, und ebenso mit Unrecht vertheidigt, als ob es den persönlichen Zustand an sich zum Gegenstand habe. Das Gesetz, obwol es selbst die Untersuchung der Paternität verbiete und also selbst die Möglichkeit abschneide, einem unehelichen Kinde mit Ausnahme der freiwilligen Anerkennung Ansprüche gegen den Erzeuger zu verschaffen, rechtfertige sich dadurch, daß es ein mit sittlichen Zwecken in Zusammenhang stehendes Gesetz sei und als solches „augenblicklich zur Anwendung kommen müsse, ohne Rücksicht auf das Gesetz, welches zur Zeit der Erzeugung oder der Geburt des Kindes bestanden hat". Savigny äußert sich nicht darüber, ob er im Unterschied von den früher citirten Autoren dies „augenblicklich" so versteht, daß auch die schon anhängigen Paternitätsklagen der Anwendung dieses Gesetzes unterliegen müssen. Der Consequenz nach und in Wahrheit kann dies aber gar keinem Zweifel unterworfen sein. Welche Ansicht man auch über die Anwendbarkeit des Gesetzes haben möge, zwischen der bereits angestellten und noch nicht angestellten Klage des vor dem Gesetze geborenen Kindes ist keinesfalls ein Unterschied. Seinem Wortlaut nach verbietet der Art. 340 des Code civil ebenso sehr die Fortsetzung jeder bereits begonnenen und noch nicht abgeschlossenen Untersuchung über die Paternität, als er die Anstellung einer neuen verbietet. Und auch in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Gesetzes kann in beiden Fällen kein Unterschied sein. Denn der Anspruch des unter dem alten Gesetz geborenen Kindes ist durch das Factum der Geburt bereits ebenso erworben, wie durch die eingereichte Klage. Der Irrthum der Schriftsteller, welche zwischen beiden Fällen einen Unterschied machen, liegt darin, daß sie die Sache auffassen, als handle es sich hier blos um legale Rechte des Kindes, und nicht berücksichtigen, daß die Qualitäten der Vaterschaft und Kindschaft, weil durch das Familienrecht vermittelt — denn hierzu müssen doch die diese Qualität und die aus ihr fließenden Rechte auf Grund der natürlichen Blutsverwandtschaft auch bei unehelichen Kindern anerkennenden Gesetze immer gerechnet werden — ebenso erworbene Rechtsverhältnisse bilden (s. oben §. 2, A. und S. 259—262), als wären sie durch individuelle Willenshandlung ergriffen, in welche sie sich in der That in letzter Instanz auflösen.[2]

Was nun die Entscheidung selbst betrifft, so würde dieselbe, wenn die Schwierigkeit nur diejenige wäre, mit welcher sich Savigny und seine Vorgänger beschäftigten, ohne weiteres aus dem §. 7 ergeben.

---

[1] A. a. O., VIII, 527 fg.

[2] Daher die römische Regel: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt, L. 8 de reg. juris (50, 17).

Wir haben es hier mit einem Prohibitivgesetz der ersten Klasse (s. S. 211 fg.) zu thun, und folglich werden durch dasselbe von dem Erscheinen dieses Gesetzes ab die Rechte auch aller bereits geborenen unehelichen Kinder sofort aufgehoben. Von Rückwirkung wegen des familienrechtlichen Erworbenseins dieser Rechte kann auf diesem Boden nicht mehr die Rede sein, da contractlich erworbene Rechte, wie wir gesehen haben, einem Gesetze dieser Gattung weichen.

Allein die wahre und eigenthümliche Schwierigkeit des Art. 340 des Code civil ist sowol von Savigny wie von seinen Vorgängern ganz unberücksichtigt gelassen worden. Diese besteht nämlich darin, daß durch dieses Gesetz nicht nur die bereits geborenen unehelichen Kinder ihre Ansprüche auf Alimente *von jetzt ab* verlieren, wie bei dem Wuchergesetz die Ansprüche aus frühern Contracten auf höhere Zinsen *von jetzt ab* verloren werden, sondern, indem jetzt jede Untersuchung der Vaterschaft verboten ist, gehen auch die Ansprüche der unehelichen Kinder auf die *vor* dem Erscheinen des Gesetzes *erfallenen* Alimente verloren, da sie nicht mehr eingeklagt werden können. Hier tritt also etwas ganz anderes und viel Weitergehendes als beim Wuchergesetz ein, wo, wie wir gesehen haben, die bis zum Tage des Gesetzes erfallenen höhern Zinsen auch fernerhin einklagbar bleiben und bleiben müssen.

Es fragt sich also, ob in dieser bisher ganz unbeachtet gelassenen Hinsicht[1] eine Rückwirkung zu finden ist. — Zunächst scheint dies ganz unzweifelhaft. Denn es wird durch dies Gesetz nicht nur die Fortdauer des frühern Alimentenrechts beseitigt, sondern es werden auch die Forderungen unklagbar, welche *während der Zeit des alten Gesetzes*, und also in Uebereinstimmung mit der Rechtsnorm ihrer Zeit, in Wirklichkeit getreten waren (vgl. §§. 7 und 10). Auch die Einwendung, es würde durch dies Gesetz nicht der Anspruch, sondern nur die Action aufgehoben, würde nichts ändern. Denn natürlich stellt es noch handgreiflicher, als der umgekehrte Fall, eine vollständige Rückwirkung dar, wenn Forderungen, die zur Zeit ihrer Entstehung mit dem Civilzwang bekleidet waren, durch ein späteres Gesetz zur bloßen Verpflichtung des naturalen Willens (obligatio naturalis) nachträglich herabgesetzt werden (vgl. S. 117—128 und §. 11).

Allein bei genauerer Betrachtung muß gesagt werden, daß der Art. 340 des Code civil weder einen *Anspruch*, noch eine *Action* zerstört. Alles, was er thut, ist vielmehr, daß er eine oder einige Arten

[1] Diese Hinsicht ist auch nicht identisch mit der Unterscheidung der eingeleiteten und noch nicht eingeleiteten Klage. Denn bei Erscheinen dieses Gesetzes sind die Alimentenansprüche aus der Vorzeit, wenn auch noch keine Klage eingeleitet war, darum nicht weniger erfallen.

von *Beweis* in einem bestimmten Rechtsgebiet für absolut unzulässig erklärt, und es tritt daher hier das ein, was wir S. 227 fg. entwickelt haben. Der Art. 340 löst sich in einen solchen auf, welcher verfügt: „Es soll kein anderer Beweis der Vaterschaft mehr zulässig sein, als der Beweis durch authentischen oder Geburtsact" (durch reconnaissance, vgl. Art. 334 des Code civil). Daß der Art. 340 keinen Anspruch und keine Action zerstört, läßt sich dadurch klar beweisen, daß, wenn in einem beim Erscheinen dieses Gesetzes anhängigen Proceß die Paternität durch ein Zwischenurtheil bereits festgestellt wäre, dasselbe, da jetzt eine Recherchirung der Paternität nicht mehr erforderlich, der Zubilligung von Alimenten *durchaus nicht* im Wege stehen würde, wie denn auch der Cassationshof von Paris durch Urtheil vom 13. Juli 1826 entschieden hat, daß dann keine recherche de la paternité vorläge, wenn die Richter nur erklärten, daß die Vaterschaft durch öffentliche Acte constatirt sei.

Daß aber das Kind durch das Factum seiner Geburt kein erworbenes Recht auf Zeugen und Schriftenbeweis hat, wenn das Gesetz diesen Beweis, nicht unter gewissen Fällen und Bedingungen, sondern für ein qualitatives Rechtsverhältniß überhaupt, für untergegangen erklärt, und daß hierin keine Rückwirkung zu sehen ist, folgt aus dem S. 227—229 Gesagten.

V. Interpretirende Gesetze; Gesetze über Simulation; rechtliche Sanction von Sittengesetzen; Abrogation von Gesetzen als nothwendige Consequenz anderer erlassener Gesetze; Aufhebung von Gesetzen verbis aut factis. Die Conventgesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II. Die preußische Verfassung und das königliche Obertribunal.

Es ist einmüthig von Autoren und Jurisprudenz anerkannt, daß interpretirende Gesetze nicht von ihrem Erlaß ab, sondern bereits vom Tage des durch sie interpretirten Gesetzes ab wirken. Diese Rückziehung interpretirender Gesetze, welche niemals Gegenstand des Zweifels gewesen ist, bedarf nicht sowol einer neuen Rechtfertigung, als vielmehr nur einer genauen Constatirung dessen, was in ihrer Anerkennung enthalten ist.

Wenn das interpretirende Gesetz etwas Neues und Anderes als das interpretirte Gesetz enthielte, so würde es ein neues Gesetz sein, statt eines blos interpretirenden, und die Autoren sind ebenso einverstanden darüber, daß es in diesem Falle nicht zurückbezogen werden dürfe. Es folgt dies mit Nothwendigkeit aus dem Grunde selbst, aus welchem den interpretirenden Gesetzen jene rückgreifende Eigenschaft eingeräumt wird, und der eben nur darin besteht, daß durch solche Gesetze nichts Neues verordnet, sondern Früheres nur declarirt werde; vgl. z. B. Gayl [1]: „Constitutio quando juris antiqui *declaratoria* est,

---

[1] Observatt. practicae, lib. II, obs. IX, No. 6.

concernit etiam praeterita . . . et est ratio quod is qui declarat, *nihil novi* dat", wie dies bereits Ulpian[1] ausspricht.[2]

Andererseits aber, wenn das interpretirende Gesetz nichts besagte, was nicht auch vor demselben von den Tribunalen des Landes in Bezug auf das zu interpretirende Gesetz einstimmig angenommen worden wäre, so würde gar kein Bedürfniß nach einem interpretirenden Gesetze vorhanden sein und es würde zu einem solchen gar nicht kommen.

Dieselben haben vielmehr Veranlassung und Entstehungsgrund in der Regel in den Controversen der Justiz.

Was also in dieser Anerkennung der rechtmäßigen Rückziehung interpretirender Gesetze auf die Zeit des interpretirten Gesetzes gegeben ist, ist Folgendes: Auch das, was nur *an sich*, nicht mit ausdrücklichen Worten in einem *Gesetze* bereits enthalten ist, muß, wenn es zu seiner *Explication* gelangt, den dem Begriffe des Rechts inhärenten obligatorischen Anspruch auf Wirklichkeit schon vom Tage seines *an sich* im Rechte vorhandenen Daseins ab und nach sich ziehen.

Es erhellt, daß und warum dieses *Ansich* ein ganz anderes ist, als das in §. 10 (S. 265 und Note 1, S. 267) betrachtete Ansich, und ebendeshalb viel weiter greifende Folgen nach sich ziehen muß. Dort handelte es sich um ein Ansich der *Rechtsidee*, hier um ein *Ansich* des *Gesetzes*.

Die Rechtsidee enthält in ihrer Idealität auch das noch nicht zur *Wirklichkeit*, d. ist zum Recht Gewordene, das erst im Lauf der historischen Entwickelung aus ihr *herausgesetzt* wird. Ihr *Ansich* ist das *noch nicht Gesetzte* und kann also erst von dem Moment ab, *wo* es gesetzt wird, Wirklichkeit erlangen und beanspruchen.

Das hier in Rede stehende *Ansich* aber ist, als Ansich des *Gesetzes*, auch bereits ein *gesetztes*, und muß daher, als ein bereits gesetztes Moment der Rechtsidee, Wirklichkeit fordern; als an sich im Gesetz selbst enthalten, ist es bereits zur *objectiven Rechtswirklichkeit* (objectiv gesetzt) geworden, und seine Explication hat nicht die Bedeutung einer *objectiven Entfaltung* — Herausetzen eines früher noch nicht vorhanden Gewesenen —, sondern nur die, für das *subjective Bewußtsein* zu declariren, was schon früher objectiv vorhanden war.

Es ist nur derselbe Gedanke, welcher sich in dem römischen Rechtssatze ausspricht: Eadem vis inest tacitis atque expressis.

Nur auf demselben Gedanken beruht auch die von Kaiser Theodo-

---

[1] L. 21, §§. 1 u. 2, qui testam. fac. poss. (28, 1).

[2] Vgl. Novelle 19 u. 12. — Voet. in Dig. tit. de legib., No. 17 et al.

sius II. erlassene L. 5 [1], durch welche bestimmt wird, daß aus jedem Verbotsgesetz die Nichtigkeit der darin verbotenen Handlung von selbst folgen soll, gleichviel ob diese Nichtigkeit vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben worden oder nicht. [2]

Und endlich beruht auf demselben Gedanken die Folge, daß, wenn ein Gesetz bestimmte Handlungen verbietet, auch die durch dasselbe nicht verbotenen Handlungen, welche aber nur zur Umgehung jenes Gesetzes — also um die im Gesetz wörtlich verbotenen Handlungen zu verstecken — vorgenommen werden, nichtig sein müssen. Es ergibt sich hieraus, daß, wenn durch ein zweites Gesetz eine gewisse Gattung von Handlungen deshalb verboten wird, weil sie eine gegen das Verbot des ersten Gesetzes gerichtete Simulation darstellen, die Wirkungen dieses zweiten Gesetzes auf die Zeit des ersten Gesetzes zurückbezogen werden, und also auch jene zwischen beiden Gesetzen vorgenommenen und jetzt für Simulationen erklärten Handlungen ungültig sein müssen.

Ein sehr klarer Fall dieser Art liegt in zwei Gesetzen des Anastasius und des Justinian vor. Anastasius hatte [3], um einem damals sehr verbreiteten Proceßwucher zu steuern, verboten, Forderungen unter dem Nominalwerth wegen Unsicherheit derselben zu cediren. Der Verkäufer sollte, trotz der Cession, bis ihm der volle Nominalwerth ausgezahlt sei, die Actionen exerciren können. Ausgenommen von diesem Verbot wurden nur einige bestimmte Arten von Cessionen: die Cessionen unter Miterben, die zur Deckung einer Schuld gemachten Cessionen u. s. w., besonders aber die schenkungsweise geschehenden Cessionen. „Sin autem *per donationem*", sagt Anastasius, „cessio facta est, sciant omnes, hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda etc."

Aber nun umging man das Gesetz, indem man nur einen Theil

---

[1] L. 5 C. de legibus (1, 14).

[2] Es wäre auch sehr irrig zu glauben, daß dies eine eigenthümliche Vorschrift des Römischen Rechts sei, und ihr der den modernen Juristen sehr geläufige entgegengesetzte Grundsatz, daß keine Nichtigkeit angenommen werden dürfe, wenn sie nicht vom Gesetz ausdrücklich verhängt sei, entgegenstehe. Dieser letztere Grundsatz ist gleichfalls richtig, aber nur bei Verbotsgesetzen, die gegen die Form von Handlungen gerichtet sind, während der Grundsatz des Theodosius nur gilt für materielle Prohibitionen. Beide Grundsätze stehen sich also nur scheinbar entgegen. — Der begriffliche Unterschied von formellen und materiellen Prohibitionen ist in den §§. 7 und 10 so ausführlich entwickelt worden, daß bei einer nähern Ueberdenkung des daselbst hierüber Gesagten die Nothwendigkeit auch dieser hier constatirten Folge desselben nur dieser Andeutung bedarf, um sich sofort von selbst zu ergeben. Es mag also hinreichen, zu bemerken, daß sich hierdurch der Irrthum Savigny's (System, I, 239) beseitigt.

[3] L. 22 C. mandati (4, 35).

der Forderung verschenkte, den andern Theil zu seinem Nominalwerth verkaufte.

Gegen diese Umgehung des Gesetzes erhebt sich nun Justinian.[1] Da diejenigen, sagt er, welche aus Processen ihr Gewerbe machen (qui circa lites morantur), nicht geduldet hätten, daß jene wohlthätige Verordnung des Anastasius ungefälscht bleibe (in sua natura remanere minime concesserunt), sondern die Machination erfunden hätten, einen Theil der Schuld auf Verkaufstitel, den andern Theil aber per coloratam donationem zu cediren, so wolle er nun der Constitution des Anastasius zu Hülfe kommen und verordne deshalb, daß es niemand gestattet sein solle, einen Theil einer Schuld zu verkaufen und den andern zu verschenken. Vielmehr solle der Schuldner dann nur den verkauften Theil zu entrichten brauchen, von dem Rest der Forderung aber befreit sein. Und wenn Einer das Ganze zu schenken simulire, für diese Schenkung aber heimlich Geld nehme, so solle der Schuldner nur dies wirklich gezahlte Geld zu entrichten brauchen, des Restes aber ledig sein.

Hierbei erklärt nun Justinian ausdrücklich: streng gerecht wäre es zwar, dieses Remedium für die Schuldner auf die Zeit jener lex Anastasiana zurückgreifen zu lassen, welche so schlau umgangen worden sei. Aber damit er bei der so großen Milde seiner Regierungsepoche nicht etwas Herberes zuzulassen scheine, wolle er die Wirksamkeit des Gesetzes auf die künftigen Fälle beschränken. „Et *justem quidem fuerat*, hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri, ex quibus etiam lex data est, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. Sed ne videamur in tanta temporum nostrorum benevolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus etc."

Gerade weil Justinian nicht einmal einen praktischen Gebrauch von dem macht, was er hier für recht erklärt, läßt sich um so weniger in Abrede stellen, daß er hier nicht unter dem Einfluß willkürlicher Impulse steht, sondern in dem justum quidem fuerat nur sein theoretisches Rechtsgefühl ausspricht. Ja sogar Struve, derjenige Autor, welcher in allem und jedem eine Rückwirkung zu finden pflegt, erklärt hier[2]: „und auch ich glaube, daß dieses (nämlich das Rückgreifen der in dem justinianischen Gesetz ausgesprochenen Nachtheile auf alle seit der lex Anastasiana zum Schein vorgenommenen Schenkungen dieser Art) die juristisch richtige Ansicht ist", ein Zugeständniß, dessen nothwendige Einschränkung sich uns sofort ergeben wird.

Fragen wir aber zunächst, welches die wahrhafte theoretische

[1] L. 23 eod. tit.

[2] Das positive Rechtsgesetz u. s. w., S. 58.

Begründung sowol für das in dieser justinianischen Verordnung über die Simulationen Gesagte, als für die oben erwähnte L. 5 C. de legibus (1, 14) des Theodosius ist, so ist dieselbe offenbar in §. 7 zu finden. Sie liegt nämlich in dem, was daselbst (s. bes. S. 165 fg. und S. 250, Anm. 2) über das Verhältniß des individuellen Willens zur Rechtssubstanz entwickelt worden ist. Da ein prohibitives Gesetz vorliegt, so verhält sich das allgemeine Rechtsbewußtsein negativ und ausschließend gegen den thatsächlichen Inhalt gewisser Handlungen. Derselbe kann also gar nicht in die Rechtssphäre übergehen, gar nicht zur rechtlichen Wirklichkeit und Gültigkeit gelangen, gleichviel in welche Form dieser thatsächliche Inhalt sich hülle. Wird nun durch ein späteres Gesetz eine Reihe bisher formell nicht verbotener Handlungen als eine gegen jenes Prohibitivgesetz gerichtete Simulation erklärt, so hat dies zweite Gesetz von selbst die Natur eines declarirenden oder interpretativen Gesetzes. Es steht jetzt fest, es ist jetzt nur zum Vorschein gekommen, daß die bestimmte bereits vorgenommene Handlung nicht erst jetzt, sondern bereits zur Zeit des prohibitiven Gesetzes in einem negativen Verhältniß zum allgemeinen Rechtsbewußtsein gestanden hat und hierdurch vom rechtlichen Dasein ausgeschlossen, also von Haus aus unwirksam war. Die angezogene lex Theodosiana läßt dies schon in ihren Eingangsworten deutlich genug heraustreten: „Non dubium est in legem committere *eum*, qui *verba* legis *amplexis*, *contra legis nititur voluntatem.*"

Allein gerade aus dieser begrifflichen Rechtfertigung ergibt sich zugleich auch die Grenze, welche für das Eingreifen solcher Gesetze über Simulationen gesteckt ist, und es zeigt sich dabei, daß Justinian in der That die Wirksamkeit der L. 23 nicht auf die Zeit der L. 22 zurückgreifen lassen durfte. Denn was aus jenem — jetzt declarirten — negativen Verhältniß des allgemeinen Rechtsbewußtseins zu der individuellen Handlung wahrhaft folgt, ist, der Rechtsidee nach, immer nur die Nichtigkeit dieser individuellen Handlung, im vorliegenden Falle also der schenkungsweisen Cession. Es hat sich jetzt ergeben, daß dieselbe schon von Haus aus, bei ihrer Vornahme, durch den allgemeinen Willen ausgeschlossen war. So ist sie denn allerdings von Haus aus nichtig und, nach dem Begriff des Rechts selbst, nie zum rechtlichen Dasein gelangt, welches nur in der Conformität mit dem allgemeinen Willen besteht. Sie ist also wie nie vorgenommen. Aber ein Weiteres, größere positive Nachtheile folgen nun aus dem Begriff des Rechts keineswegs. Da die Cession wie nicht vorgenommen ist, so folgt daraus nur, daß die Forderung noch weiter, und trotz der Cession, bei dem ursprünglichen Gläubiger ruht und diesem die Action zusteht, wie dies Anastasius in der That durch die L. 22 angeordnet hatte.

Wäre Justinian hierin nicht weiter gegangen, und hätte er blos angeordnet, daß auch jene simulirten Schenkungen von Forderungen als bloße Machinationen zur Umgehung der lex Anastasiana wirkungslos sein sollten, so unterliegt es also keinem Zweifel, daß er diese Verordnung auf die Zeit jenes Gesetzes hätte zurückgreifen lassen müssen. Aber Justinian ging weiter. Nach ihm soll jetzt auch ein Verlust des Klagrechts in Bezug auf den nicht bezahlten Theil der cedirten Forderung eintreten, und auch dem ursprünglichen Gläubiger die Action dafür nicht mehr zustehen.[1] Dieser Verlust des Klagrechts ist eine ganz positive Bestimmung, die keineswegs aus dem Begriff des Rechts von selbst folgt, aus welcher sich nur die Ungültigkeit des durch das prohibitive Gesetz von der Rechtssphäre ausgeschlossenen Actes entwickelt. Weil also Justinian, weiter gehend als Anastasius, noch positive Nachtheile verhängte, und insoweit er dies that, konnte er das Gesetz nicht auf die Zeit des Anastasius zurückführen, und dies war unzweifelhaft der ihm nicht klar in seinen Unterschieden zum Bewußtsein gekommene Grund, der ihn trotz jenes justum quidem fuerat bestimmte, die Wirkung seines ganzen Gesetzes erst von dem Erlaß desselben eintreten zu lassen. Struve aber, der auch die Rückbeziehung der in der L. 23 „ausgesprochenen Nachtheile" für juristisch richtig hält, verfällt hierdurch unzweifelhaft in wahrhafte Rückwirkung, so sehr er dieselbe im allgemeinen durch die übertriebenste Auffassung zu vermeiden strebt.

Der gemeinsame Gedanke der Bestimmungen, die wir hier betrachtet, bestand also darin, daß auch das nur an sich in einem Gesetze schon Vorhandene, als ein stillschweigend darin Ausgesprochenes, wenn es auch erst durch eine weitere Thätigkeit der Gesetzgebung für das subjective Bewußtsein zum Vorschein kommt, doch von der Zeit jenes Ansich ab wirken muß, weil jeder im Gesetz enthaltene Gedanke schon ein gesetzter Inhalt der Rechtsidee und ihm also die Wirklichkeit unterworfen ist.

Von hier aus ergibt sich auch das Verständniß einer Stelle des Cicero, die wir bereits S. 7, Anm. 4 u. 5, angeführt haben: „In lege Voconia non est: Fecit, Fecerit; neque *in ulla* (lege) praeteritum tempus reprehenditur, *nisi ejus rei quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam, si lex non esset, magno opere vitanda fuerit.*"

Diese Einschränkung ist es, die hier einer kurzen Betrachtung bedarf. Es sei niemals, sagt Cicero, die Vergangenheit irgendeinem Gesetze unter-

[1] Siehe §. 1 das.: „... et neque ei qui cedit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere vel *aliquam* contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse *utrique eorum actionem.*"

worfen worden, außer etwa in Hinsicht auf eine solche Sache, „welche an sich selbst schändlich und nichtswürdig ist, sodaß sie, wenn das Gesetz auch nicht existirte, dennoch durchaus zu vermeiden war". In diesem Falle gibt also Cicero zu, daß ein solches späteres Gesetz auf eine frühere und damals noch durch kein Gesetz — auch nicht implicite — verpönte Handlung angewendet werden könne.

Der Gedanke, der hierin zu erblicken ist, ist folgender: Auch was durch die bloße sittliche Uebereinstimmung des Volksgeistes als schlecht, schändlich u. s. w. bestimmt ist, und obwol diese Prohibition des geistigen Innern sich noch in keinem Gesetz, weder explicite, noch implicite, Dasein gegeben hat, kann dennoch, wenn ein späteres Verbotsgesetz eintritt, so angesehen werden, als wenn durch letzteres nur die Declaration eines schon früher an sich in der Rechtssubstanz vorhandenen Inhalts (des Sittengesetzes) gegeben sei, und darum rückbezogen werden.

Es ist nicht zu leugnen, daß dieser Gedanke tief geht; denn er hat zu seinem Fundamente jene sittliche Uebereinstimmung des Volksgeistes, die auch die Grundlage alles Rechts ausmacht.

Gleichwol muß seine Gültigkeit auf die Völker des Alterthums eingeschränkt werden. Denn es wird hier die innere sittliche Einheit des Volksgeistes — das Ethos — um der zweifellosen Entschiedenheit willen, mit welcher die gesetzlich unverbotene Handlung als ihm absolut widerstrebend — schändlich, nichtswürdig u. s. w. in sich selbst — erscheint, wie eine bereits gesetzte Bestimmung angesehen und behandelt. Dies hat aber seine Zulässigkeit blos bei den Völkern des Alterthums, und auch bei diesen nur in ihrer classischen Zeit. Denn hier stellte der Volksgeist eine solche objective substantielle Gedrungenheit dar, es war in den Individuen eine solche sittliche Einheit und Uebereinstimmung des Volksgeistes lebendig und thätig, daß in der That das durch diese innere Substanz absolut Reprobirte ebenso gut als gesetzlich reprobirt angesehen werden konnte.

Ebendeshalb aber ist dies nicht mehr zulässig in den modernen Zeiten, wo Subjectivismus und Individualismus, Bildung und Skepsis u. s. w. diese in den Individuen gegenwärtige strenge Einheit und Uebereinstimmung der sittlichen Anschauungen des Volksgeistes aufgelockert haben, das ethische Bewußtsein der zu demselben Staate gehörenden Individuen sehr häufig ein um fast ganze Weltperioden auseinanderliegendes ist, und fast immer nur durch die zufällige Verstandesbildung des Individuums mit ihren zufälligen Mängeln und ebenso zufälligen Errungenschaften, statt durch jenes allgemeine Volksethos bestimmt wird.

Es ist hier jene Folgerung nicht mehr zulässig, weil hier eben die

Grundlage derselben, die strenge gedrungene Uebereinstimmung des sittlichen Volksgeistes in dem Bewußtsein der Individuen fehlt.

Für die modernen Zeiten muß also bei der Forderung stehen geblieben werden, daß nur ein solcher Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins auf rechtliche Wirklichkeit Anspruch machen kann, der bereits — explicite oder implicite — gesetzt worden ist.

Aber wenn blos ein solcher Inhalt des allgemeinen Volksbewußtseins rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen kann, der bereits gesetzt ist — folgt daraus, daß er in Worten gesetzt sein muß? Oder kann er es auch in concludenten Handlungen des ganzen Volkes sein? Der Rechtsidee nach ist das letztere unzweifelhaft; denn es ist ja, wie wir sahen, eben nur dies erforderlich, daß der Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins ein herausgesetzter ist. Gesetzt und verwirklicht aber ist derselbe nicht weniger, wenn er durch Handlungen, als wenn er durch Worte, verbis aut factis, gesetzt ist. Auch liegt dies bereits als eine nicht zu beseitigende Consequenz in dem früher betrachteten, allgemein anerkannten Grundsatz, daß auch das implicite oder stillschweigend in dem Gesetz Ausgesprochene dieselbe Verbindlichkeit haben soll, wie das expressis verbis darin Gesagte. Denn als ein implicite im Gesetz Enthaltenes ist es gleichfalls nicht in Worten darin ausgedrückt, und wenn ein nicht in Worten ausgesprochener Inhalt, vermöge der Gedankennothwendigkeit, mit welcher er sich als ein stillschweigend ausgedrückter darstellen kann, rechtliche Wirksamkeit haben soll, so ist dies der Rechtsidee zufolge wiederum ebenso auch da zutreffend, wo sich dieser Inhalt vermöge derselben Gedankennothwendigkeit als ein in Handlungen des ganzen Volks stillschweigend ausgedrückter Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins ergibt.

Julian entscheidet dies daher in der principiellsten und richtigsten Weise wie folgt [1]: „Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest; *suffragio* populus *voluntatem suam declaret* an *rebus ipsis et factis?* Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.“ „Denn da uns die Gesetze selbst aus gar keiner andern Ursache verpflichten, als weil sie durch die Entscheidung des Volks angenommen worden sind, so werden mit Recht auch solche uns alle verpflichten, welche das Volk ohne irgendein Schriftstück gebilligt hat; denn was ist für ein Unterschied, ob das Volk durch Abstimmung seinen Willen erklärt

[1] L. 32, §. 1, de legibus (1, 3).

oder durch Thatsachen selbst und Handlungen? Weshalb auch völlig richtig angenommen worden ist, daß die Gesetze nicht blos durch das auf einer Stammtafel abgegebene Votum des Gesetzgebers, sondern auch durch die stillschweigende Uebereinstimmung Aller abgeschafft werden."

Aber diese principielle Folgerung des Begriffs kommt nicht nur bei dem Gewohnheitsrecht zur Anwendung, das allerwärts unter ihrer Einwirkung sich gebildet und verändert hat, sondern ebenso sehr in Zeiten, wo von einem Gewohnheitsrecht nicht mehr die Rede ist, bei jenen plötzlichen und ruckweisen Uebergängen des allgemeinen Rechtsbewußtseins in einen neuen Zustand, deren die neuere Geschichte so viele erlebt hat.

Dieser begriffliche Zusammenhang ist es, den man im Auge haben muß, um die Gesetze des französischen Convents vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II wahrhaft verstehen und beurtheilen zu können, von denen schon oben (S. 29 fg.) die Rede gewesen ist.

Bereits durch ein Decret vom 7. März 1793 hatte der Convent die Fähigkeit, in directer Linie zu testiren, für abgeschafft erklärt, um das Princip der Gleichheit innerhalb der Familie zur Durchführung zu bringen und die Fortdauer der gewohnheitsrechtlichen, statutarischen und fideicommissarischen Vorrechte der Erstgeburt und des männlichen Geschlechts, welche sich durch die testamentarischen Dispositionen hätten fortpflanzen können [1], zu verhindern. Bald darauf ging der Convent weiter. Genöthigt, ein ganz neues Erbrecht an die Stelle des bis dahin bestehenden zu setzen, erließ der Convent zunächst das Gesetz vom 5. Brumaire und bald darauf, unter Aufhebung desselben, das Gesetz vom 17. Nivôse II, dessen erbrechtliche Grundsätze im allgemeinen in den Code civil übergegangen sind und also das noch heute bestehende Recht in Frankreich bilden.

Aber hierauf beschränkte der Convent sich nicht. Der erste Theil des Gesetzes verordnet vielmehr, daß alle seit dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften, in directer wie Collaterallinie, nach demselben Grundsatze der Gleichheit behandelt, alle seit diesem Tage errichteten Dispositionen von Todes wegen und contractlichen Erbeinsetzungen und ebenso die schon vor dem 14. Juli 1789 errichteten Testamente und Erbfolgeverträge, falls deren Urheber am 14. Juli 1789 noch am Leben waren, nichtig sein, und die auf Grund dieser jetzt vernichteten Dispositionen erledigten Erbschaften wieder eröffnet und einer gleichen Theilung unter

[1] Vgl. die Motive des Conventsdecrets vom 5. März desselben Jahres, durch welches der Convent seinem Comité einen Bericht über die égalité des partages dans les successions aufgibt.

den Kindern, Descendenten oder Collateralerben der Verstorbenen unterworfen werden sollen.

Diese Bestimmungen, welche in der That um fast fünf Jahre zurückgriffen, wurden in der Folge, wie gleichfalls bereits früher näher geschildert worden (s. oben S. 30), von der Thermidorreaction für flagrante Rückwirkungen erachtet und deshalb durch die Decrete vom 9. Fructidor III und vom 3. Vendémiaire IV und durch das Gesetz vom 18. Pluviôse V — in Bezug auf den rückwirkenden Effect und unbeschadet ihrer Wirksamkeit vom Tage des Gesetzes ab — wieder aufgehoben und die nochmalige Theilung der bereits zweimal getheilten Erbmassen verordnet. Auch haben seitdem die französischen Juristen immer zugegeben, daß jene Gesetze des Convents einer heftigen Rückwirkung anzuklagen wären. Hin und wieder sind dieselben als ein Beweis von den „Greueln" des französischen Convents angeführt worden, und in der That scheint auf den ersten Blick die Rückwirkung auch gar nicht bezweifelt werden zu können.

Zunächst wird inzwischen jedenfalls schon so viel nicht bestritten werden können, daß der Convent durch jene Bestimmungen mindestens nicht rückwirken *wollte* und, indem er sie traf, nicht rückzuwirken *glaubte*.

Es ergibt sich dies ganz evident schon aus den Worten, in welchen der Berichterstatter dieses Gesetzes, Berlier, in seinem Bericht zu dem Decrete des Convents vom 22. Ventôse II — durch welches der Convent die durch das Nivôsegesetz entstandenen Streitfragen infolge deshalb eingegangener Petitionen erledigte — die Absicht des Convents ausspricht. „Le règne de la nature et de la raison", sagt Berlier, „avait pris naissance le 14 Juillet 1789; faible encore à cette époque, il ne s'était, il est vrai, élevé à sa hauteur que depuis, mais il avait commencé dès ce temps; *et sans rétroagir* vous avez voulu faire accorder les effets avec leur cause; vous avez proclamé que les biens acquis à titre gratuit depuis cette grande époque devaient être partagés selon les règles que vous avez prescrites contre ceux que la nature désignait pour les recueillir, et vous avez écarté les obstacles qui pouvaient résulter des dispositions contraires, soit de l'homme, soit des statuts" (s. den Moniteur vom 25. Ventôse II).

Noch deutlicher ergibt sich aber, wie sehr der Convent von jeder Absicht, das Princip der Nichtrückwirkung zu verletzen, entfernt war, aus der Antwort, welche er selbst in dem Decrete vom 22. Ventôse II auf die vierte der daselbst vorgelegten Fragen ertheilt. Es wurde die Frage aufgestellt, ob nicht auch die *vor* dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften *in dem Falle* den natürlichen Erben zugesprochen werden sollten, wenn *noch gegenwärtig ein Proceß* zwischen diesen und den

eingesetzten Erben über die Erbschaft schwebe. Der Convent antwortet hierauf: „Sur la quatrième question: Que l'on ne saurait s'arrêter à l'objet dont il s'agit, *sans mettre l'effet rétroactif en question;* et que *s'il n'y en a point* à dater du 14 Juillet 1789, parce que la loi *n'a fait que développer les principes proclamés dès lors par un grand peuple* qui se ressaisissait de ses droits, *l'effet rétroactif commencerait là seulement où l'on dépasserait cette limite;* que d'ailleurs, si la réclamation des héritiers naturels, pour ce qui appartient aux époques antérieures, était fondée, ils n'ont pas besoin du secours de la loi nouvelle, et que si elle ne l'était pas, il serait immoral d'accorder plus de faveur à celui qui a fait un mauvais procès qu'au citoyen tranquille qui a *respecté les lois de ce temps.*"

Entscheidender und stärker konnte der Convent sich nicht gegen die Absicht aussprechen, das Princip der Nichtrückwirkung auch nur „in Frage zu stellen". Und die Sorgfalt, mit welcher der Convent noch lange vor dem Thermidor ein von ihm erlassenes vergleichungsweise ganz unbedeutendes Decret widerrief, weil er glaubte, daß dasselbe mit Rückwirkung befleckt sei (s. oben S. 151), läßt die Redlichkeit der hier ausgesprochenen Absicht auch nicht in den leisesten Zweifel ziehen. Es fragt sich somit nur, ob der Convent nicht gegen seine Absicht in Rückwirkung dabei verfallen ist.

Aber die obige Ideenreihe, in deren Zusammenhang wir diese Frage zur Erörterung gebracht haben, weil sie in der That nur in diesem Zusammenhange zu begreifen und zu lösen ist, muß nun bereits das hinreichende Licht zu ihrer Entscheidung verbreitet haben.

Das vorrevolutionäre Erbrecht in Frankreich beruhte in den höhern Ständen auf dem Vorrecht der Erstgeburt und der männlichen Linie, welches sowol die französischen coutumes als die Sitten der Familie bis dahin beherrscht hatte. Es waren dies somit Privilegien, mit deren bloßer Aufhebung von selbst das auf die natürliche Gleichheit der Familienglieder gegründete Erbrecht eintrat, welches der Convent in dem Nivôsegesetz verwirklichte; die prohibitive Aufhebung dieser Privilegien, ihre Beseitigung durch ein zwingendes Gesetz, war nothwendig durch das mit der Französischen Revolution eingetretene neue Rechtsbewußtsein der Nation gegeben, welches die Rechtsgleichheit in zwingender Weise zu seinem Inhalt hatte. Es fragte sich nur, wann war diese Umwendung des allgemeinen Bewußtseins der Nation in die Wirklichkeit herausgesetzt und also zum Rechte geworden, sodaß von nun an die entgegenstehenden individuellen Handlungen, als gegen den zwingenden und in die Rechtssphäre — die Wirklichkeit — hineingesetzten all-

gemeinen Willen angehend, sich dadurch als *nichtige*, und zwar schon zur Zeit ihrer Vornahme nichtige, charakterisirten?

Und hier sehen wir nun in dem Convent den von Julian ausgedrückten Gedanken thätig, daß es gleich sei, ob das Volk verbis aut factis, durch Worte oder durch Handlungen, seinen Willen an den Tag gelegt habe. Und wir müssen es wiederholen, es ist in der That der *Rechtsidee* nach nicht der geringste Unterschied zwischen beidem. Denn zum *Begriffe des Rechts* gehört nur, daß der Volksgeist einen geistigen Inhalt als Gegenstand seines *Willens* in die *Rechtssphäre*, d. i. die *Wirklichkeit*, *gesetzt habe*. Dies kann aber unter Umständen nicht weniger bestimmt und energisch als durch Worte durch *thatsächliche Zertrümmerung* eines Rechtszustandes geschehen, die ein Volk vornimmt.

Durch den *Bastillesturm* — dessen Datum der 14. Juli 1789 bildet — hatte das französische Volk sein den Privilegien und Vorrechten, auf welche der bestehende Zustand gegründet war, entgegengesetztes Rechtsbewußtsein der *rechtlichen Gleichheit* an den Tag gelegt, den bestehenden Rechtszustand der feudalen Gesellschaft zertrümmert. Hieraus folgte nicht, daß nun die Gesetze, welche die Französische Revolution in ihrer Entwickelung an Stelle der bisherigen setzen mußte, sämmtlich auf den 14. Juli 1789 zurückgeführt werden konnten.

Denn fast alle Gesetze enthalten nothwendig positive und organisatorische Bestimmungen, die sich als *Entwickelungen* zu dem neuen Bewußtsein verhalten, und somit immerhin als ein *Objectiv-Neues*, das mit der Zertrümmerung des alten Rechtszustandes noch *nicht* gegeben ist, sondern erst *durch* und *mit* dieser *Entfaltung* des neuen Rechtsbewußtseins *da ist* und daher auch erst von da ab gelten kann. Oder mit andern Worten: die positiven Gesetze, die das neue Rechtsbewußtsein zu seiner Ausführung hervortreiben muß, sind in demselben nur als ein *Keim* enthalten, d. h. sie sind in ihm zwar gleichfalls als ein *Ansich*, aber (vgl. oben S. 370 fg.) nur als ein *Ansich der Rechtsidee* enthalten, noch nicht — in ihrer positiven und entwickelten Bestimmtheit — als ein *gesetztes Ansich*, als ein in dem schon *Herausgesetzten* objectiv Gegebenes. Nur wo mit der *bloßen Negation* von bisher bestehenden Privilegien und Vorrechten u. s. w. *ohne weiteres der Inhalt des neuen Rechtes schon vollständig gegeben war*, — nur da konnte gesagt werden, daß, weil diese Negation schon durch die vom Volke vorgenommene Zertrümmerung des alten Rechtszustandes in die Rechtssphäre übertragen und zum Rechte geworden war, das neue Gesetz nur als eine *Declaration* Dessen erscheine, was durch jene vom gesammten Rechtsbewußtsein des Volkes selbst ausgegangene Abolition gegeben und als neues verbindendes Recht gesetzt worden sei.

In der That hat auch der Convent keines seiner Gesetze auf den 14. Juli 1789 zurückgeführt, mit alleiniger Ausnahme der im Gebiet des Erbrechts von ihm erlassenen, weil er diese als einen mit der bloßen Negation der Bevorrechtigungen von selbst durch die natürliche Gleichheit der Familienglieder gegebenen Rechtsinhalt ansah.

So sehen wir diese philosophische Versammlung erklären, daß ihre Erbgesetze nur die Declaration der Principien enthalte, welche das Volk selbst durch den Bastillesturm proclamirt und zum Rechte erhoben habe. — Will man bei den heutigen Franzosen schon von einer „romanischen" Natur reden, so ist es diese objective Plastik des Gedankens in ihnen, die als romanisch anzuerkennen ist und sich auch, wie wir sahen, in der That als römischen Ursprungs ergeben hat. — Und in zweierlei Weise hat die Geschichte den Convent gerechtfertigt! Einmal dadurch, daß, wie bereits erwähnt, die erbrechtlichen Grundsätze des Nivôsegesetzes unter dem ersten Kaiserthum wie sogar unter der Restauration, und wieder unter der Julidynastie und dem zweiten Kaiserthum in unangefochtener Herrschaft geblieben sind, und sich hierdurch also am deutlichsten als ein nothwendiger und zwingender Inhalt des mit der Revolution in Frankreich zur Herrschaft gekommenen Rechtsbewußtseins der modernen französischen Gesellschaft bethätigt haben. Zweitens aber dadurch, daß alle Geschichtschreiber, deutsche wie französische, reactionäre wie revolutionäre, philosophische Werke wie die gewöhnlichen Handbücher die Französische Revolution vom 14. Juli 1789 datiren! Sie alle stimmen also hierdurch darin überein, daß der Umschwung des Rechtsbewußtseins der französischen Nation von diesem Vorgang ab zu datiren und er in ihm auf entscheidende Weise an den Tag gelegt worden sei! Sie alle stimmen also indirect darin überein, den Convent gegen jeden Vorwurf der Willkür wegen der Herbeiziehung dieses Tages für die Datirung des neuen Rechtsbewußtseins der französischen Gesellschaft zu bewahren! [1]

---

[1] Eine höchst interessante, obgleich überraschenderweise niemals gezogene Parallele zu diesen Conventsgesetzen, und einen merkwürdigen Beweis, welche Begeisterung jedem Gleichheitsgedanken eigen ist, sogar wenn er in die Seele eines byzantinischen Tyrannen fährt, gewähren die Verordnungen Justinian's über das Erbrecht der Armenier, Edictum III, u. vgl. Nov. XXI. Bei den Armeniern existirte nämlich das, wie Justinian sich ausdrückt, „barbarische und insolente Gesetz", daß nur die Söhne, nicht die Töchter, zur älterlichen Intestaterbfolge berufen sein sollten. Wie der Convent durch die revolutionäre Idee der Gleichheit der verschiedenen Stände, so ist Justinian durch den Einfluß der christlichen Idee der Gleichheit der Geschlechter gegen dieses Privilegium empört. Er schildert mit Indignation (s. die Präf. zur Novelle), daß dieses Gesetz dem Weibe eine Stellung bereite, „als wäre es nicht von Gott geschaffen und als trüge es nichts zur Kindererzeugung bei, sondern als sei es ein verächtliches — —, dem keinerlei Ansehen zuzukommen habe". Er erklärt dies für eine „Verachtung der Natur" (οὕτως ἀτιμασάντων τὴν φύσιν),

Selbstredend kehrt die Natur dieses begrifflichen Verhältnisses bei allen rückweisen Aufhebungen eines bestehenden Rechtszustandes und häufig in Fällen von noch größerer Urgenz zurück, wenn die Frage auch nicht überall mit derselben Gedankenentschiedenheit, wie von jener philosophischen Versammlung gelöst wird.

So war in Preußen am 18. März 1848 eine Revolution eingetreten. Die absolute Gewalt der Krone war aufgehoben und eine constituirende Versammlung war einberufen worden, um den neuen constitutionellen Zustand festzustellen. Es war natürlich, daß durch eine so totale Umwälzung des politischen Rechtszustandes, wie sie die Aufhebung der absoluten Monarchie darstellt, manche bisher durch das Strafgesetz verpönte Handlungen politischer Natur aufhören mußten, ein Verbrechen zu bilden, indem sich jetzt der rechtliche Begriff des Hochverraths, der Verpflichtung zum Gehorsam gegen die Beamtengewalt u. s. w. geändert hatte. Solche Strafgesetze waren also als durch den bereits zur rechtlichen Wirklichkeit gewordenen Volkswillen abrogirt anzusehen, wenn auch der Erlaß eines neuen Strafgesetzbuches erst in mehr oder weniger geraumer Zeit erfolgen konnte. Nichtsdestoweniger wurden schon in den ersten Monaten nach dem März auf Grund solcher Strafgesetzartikel politische Verfolgungen eingeleitet, die später, im November 1848, in den politischen Processen gegen die Mitglieder der Nationalversammlung und deren Anhänger ihren Höhepunkt fanden. Die Berufung auf die mit der Märzrevolution eingetretene Umänderung des Oeffentlichen Rechts, und somit auf jene hierdurch von selbst gegebene Abolition der strafrechtlichen Verbote gewisser politischer Handlungen, bereitete den Tribunalen Verlegenheit, blieb aber in der Regel ohne Erfolg. Hierbei muß erwähnt werden, daß allerdings in den-

---

und ganz wie der Convent erklärt er, daß er, an Stelle dieser Ungerechtigkeit, die Grundsätze der natürlichen Gleichheit bei ihnen zur Geltung bringen wolle (Edict.: — τῆς προτέρας ἀπαλλάξαντες ἀδικίας . . . καὶ δοῦναι αὐτοῖς ἰσότητα τὴν πρέπουσαν), weshalb nun das zwischen Sohn und Tochter nicht unterscheidende Römische Erbrecht auch bei den Armeniern zur Anwendung kommen soll. Aber nicht vom Erlaß dieses Edicts ab, sondern dasselbe soll, wie Justinian verordnet, wirken „vom Beginn seiner frommen Regierung", und alle seitdem bei den Armeniern eröffneten Erbschaften in Gemäßheit desselben regulirt werden (außer wenn die Parteien bereits transigirt hätten).

Wie es scheint, will, wie der Convent vom Bastillesturm, so Justinian von seinem Regierungsantritt ab das Dasein eines neuen Rechtsbewußtseins, eine neue Weltperiode datiren! Aber die Geschichte hat ihm hierin nicht recht gegeben, wie überhaupt der bloße Regierungsantritt eines Mannes an und für sich keine Volkshandlung ist und daher auch kein neues Volksbewußtsein an den Tag legen kann, weshalb die unzulässige Rückwirkung der Justinianischen Verordnung keinem Zweifel unterliegen kann.

jenigen Landestheilen Preußens, welche unter der Herrschaft des Allg. Landrechts stehen, ein besonderer Umstand hinzutrat. Das Allg. Landrecht enthält nämlich in §. 59 der Einleitung die Verfügung: „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden.“ Das Allg. Landrecht hat somit hier eine Vorschrift, welche der vom Römischen Recht anerkannten Folgerung der reinen Rechtsidee, daß es gleich sei, ob ein Gesetz verbis aut factis aufgehoben worden, ausdrücklich entgegensteht. Einerseits ergingen jedoch solche Entscheidungen der Tribunale auch in solchen Landestheilen Preußens, wo das Allg. Landrecht nicht galt (z. B. in der Rheinprovinz), andererseits wäre eben zu untersuchen gewesen, ob nicht der in einem absoluten Staate allerdings sehr begreifliche §. 59 des Allg. Landrechts selbst durch die Umwandlung des öffentlichen Rechtszustandes für insoweit abrogirt zu erachten sei. —

Es ist übrigens klar, daß, wo ein Gesetz wie der §. 59 der Einleitung zum Allg. Landrecht besteht, durch dasselbe immer nur die durch Handlungen erfolgende Aufhebung von Gesetzen, nicht die, obwol implicite, aus einem Gesetz sich ergebende Aufhebung früherer Gesetze ausgeschlossen wird. Denn in dieser Hinsicht gilt unter allen Gesetzgebungen der früher bezogene Grundsatz, daß das explicite und das implicite in einem Gesetze Gesagte von gleicher Kraft und Verbindlichkeit sei. Jener §. 59 hat daher die preußischen Tribunale auch niemals verhindert, frühere gesetzliche Bestimmungen durch eine implicite in einem spätern Gesetz enthaltene Abrogation für abgeschafft zu erachten.

Noch weniger ist natürlich der Gesetzgeber durch den §. 59 gehindert — es klingt lächerlich, dies erst zu sagen —, eine Gattung bestehender Rechte oder eine Gesammtheit bestehender Gesetze ausdrücklich aufzuheben. Wird eine solche Gattung oder Gesammtheit vom Gesetzgeber für aufgehoben erklärt, so sind natürlich auch die einzelnen zu derselben gehörenden Rechte oder Gesetze aufgehoben. Es ist hier nicht einmal von einer impliciten Aufhebung die Rede. Denn eine solche liegt nur da vor, wo die Negation bestehender Rechte oder Gesetze überhaupt nicht durch den unmittelbaren Wortlaut eines spätern Gesetzes ausgesprochen ist, sondern sich nur durch die logische Consequenz des in dem Gesetze ausgesprochenen Gedankens ergibt. Wo aber diese Negation einer bestehenden Gesammtheit von Rechtsbestimmungen durch den unmittelbaren Wortlaut eines Gesetzes gegeben ist, da sind alle in diesen unmittelbaren Wortlaut hineinfallenden Bestimmungen ausdrücklich, nicht implicite, aufgehoben. Wenn der Gesetzgeber z. B. verordnete: „Das Allg. Landrecht ist aufgehoben“, so sind alle einzelnen zu demselben gehörigen Bestimmungen nicht implicite, sondern sehr explicite aufgehoben.

Einen so tautologischen Satz also wie diesen: daß der §. 59, welcher

besagt, daß Gesetze so lange in Kraft bleiben, bis sie vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben werden, keinesfalls besagen will und kann, daß ein bestimmtes einzelnes Recht oder eine bestimmte Gattung von Rechten auch *nach ihrer ausdrücklichen* gesetzgeberischen Abolition *noch in Kraft bleiben* sollen, — einen solchen Satz überhaupt erst auszusprechen, kann, wie gesagt, höchst müßig und sehr lächerlich erscheinen.

Auch würde in der That hierzu nicht der geringste Anlaß vorgelegen haben, wenn nicht merkwürdigerweise dieser bis zur Plattheit einfache Satz vom königl. Obertribunal in Bezug auf die preußische Verfassung durch eine „constante Jurisprudenz" geleugnet worden wäre. Es ist dies jene „constante Jurisprudenz", auf welche in einer bereits oben (S. 40, Note 1) angeführten Aeußerung von dem Vicepräsidenten des Obertribunals, Herrn Dr. Götze, Bezug genommen worden ist.

Der Art. 4 der preußischen Verfassung vom 5. Dec. 1848 und resp. vom 31. Jan. 1850 hatte die bis dahin bestehenden *Standesvorrechte* — d. h. das Dasein von Unterschieden im *Rechte* zwischen den Angehörigen verschiedener Stände — auf die *ausdrücklichste* und unzweifelhafteste Weise negirt mit den Worten: „Alle Preußen sind *vor dem Gesetz gleich*. *Standesvorrechte finden nicht* statt." Noch zum Ueberflusse hatte der Art. 109 hinzugefügt: „. . . alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung *nicht zuwiderlaufen*, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden."

Es war hierdurch also, obwol dies ohnehin selbstredend gewesen wäre, ausdrücklich verordnet, daß alle solche einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, *welche* den Grundsätzen der Verfassung *zuwiderliefen*, hierdurch außer Kraft gesetzt sein sollten.

Zu den frühern *Standesvorrechten* des Adels gehörte nun auch dies, daß Weiber „aus dem Bauer- oder geringeren Bürgerstande" keine Ehe zur rechten Hand mit Männern von Adel sollten schließen können (Allg. Landrecht, II, I, §§. 30—33), und daß nach §. 940 daselbst solche Ehen, „welche die Gesetze wegen *Ungleichheit des Standes* verbieten", wenn sie ohne die erforderliche Dispensation geschlossen würden, nichtig sein sollten.

Man hätte somit glauben sollen, daß dieses *Standesvorrecht*, Rechtsungleichheit auf Grund von Standesunterschieden, durch den Art. 4 der Verfassung aufgehoben sei. So glaubten auch einstimmig alle Instanzgerichte, und auch das Obertribunal glaubte in einem Urtheil aus dem Jahre 1851 so, wie wir an dem bereits bezogenen Ort (S. 40) gehört haben. Allein das Obertribunal war damals, wie uns sein Vicepräsident und Chefpräsident daselbst sagten, nur noch nicht „orientirt" genug. Es unterließ nicht, sich besser zu „orientiren", und kam nun zu dem

Schluß, daß die durch die Verfassung *vernichteten* ständesrechtlichen Unterschiede — für *fortbestehend* zu erachten seien!

Die Analyse der betreffenden Obertribunalurtheile bietet insofern kein wissenschaftliches Interesse dar, als die in Rede stehende Frage durchaus nicht einmal fähig ist, irgendwie als *fraglicher* Natur zu erscheinen. Nicht die größte Sophistik vermag ihr im geringsten diesen Anstrich zu geben. Ebendeshalb ist sie aber nicht einmal einer wahrhaft wissenschaftlichen Behandlung fähig, sondern gehört zur Competenz des gemeinsten gesunden Menschenverstandes. Jeder, der weiß, daß, wer da sagt, ein Tisch sei schwarz, dadurch zugleich auch sagt, er sei nicht weiß, und wer da sagt ein Dutzend Aepfel, dadurch auch sagt: zwölf einzelne Aepfel, jeder solche weiß auch, daß, wenn der Gesetzgeber sagt: „Standesvorrechte finden nicht statt", er dadurch auch sagt, daß alle einzelnen, aus Standeseigenschaften herfließenden Vorrechte und Exemtionen aufgehoben sein sollen.

Insofern also wäre eine Erörterung dieser Frage unter der Würde der Wissenschaft.

Da es aber für die Urtheile eines obersten und keiner Censur mehr unterworfenen Gerichtshofes keine andere Controle gibt als die Censur der Wissenschaft, so halten wir es für eine Pflicht wissenschaftlicher Werke, diese Controle zu üben und solchen Urtheilen, wie die erwähnten, eine Denksäule zu errichten, die ihr Gedächtniß um so länger verewigt, je länger die betreffenden Werke durch ihren wissenschaftlichen Werth Anspruch auf Existenz zu behaupten vermögen.

Es mag also hier eine kurze Analyse der Gründe folgen, auf welche das Obertribunal die in Rede stehenden Entscheidungen durch Urtheil vom 25. Nov. 1853 (Entscheidungen, Bd. 26, S. 351 fg.), Urtheil vom 24. Nov. 1856 (Entscheidungen, Bd. 34, S. 179 fg.) u. a. gestützt hat. Das Obertribunal geht in dem letzten, ganz übereinstimmend mit dem erstern, aber noch ausführlicher motivirten Urtheil von dem Satz aus (Bd. 26, S. 180): „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden. Diese im Wesen des Gesetzes begründete und aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit hervorgehende Bestimmung des §. 59 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht hat in dem Art. 109 der Verfassungsurkunde vom 31. Jan. 1850 insofern eine neue Bestätigung und Anerkennung gefunden, als es darin heißt: „Alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden."

Daß der angezogene §. 59, der nur die Aufhebung der Gesetze durch

Handlungen[1] ausschließt, nicht aber die implicite durch andere Gesetze geschehende, geschweige denn, wie hier, die ausdrücklich generisch verordnete, ist oben (S. 382) gezeigt worden. Besonders unglücklich ist aber die Berufung auf den Art. 109 der Verfassung zu nennen. Denn in diesem wird ja vielmehr direct gesagt, daß, was freilich auch von selbst klar gewesen wäre, alle einzelnen Verordnungen der bestehenden Gesetzbücher, wenn sie auch nicht unter Citirung von Paragraph und Datum aufgehoben seien, dennoch außer Kraft gesetzt sein sollten, wenn sie der Verfassung und ihren Bestimmungen zuwiderliefen.

Das Urtheil fährt fort: der Appellationsrichter gehe nun offenbar zu weit, wenn er annehme, daß jenes landrechtliche Eheverbot durch den Art. 4 der Verfassung: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich, Standesvorrechte finden nicht statt" — wirklich aufgehoben sei. „Der Wortlaut steht dem geradezu entgegen." Der Wortlaut lautet allerdings nicht: die Standesvorrechte sind aufgehoben, sondern sie „finden nicht statt". Da sie aber bis dahin stattfanden und jetzt vom Gesetzgeber für nicht mehr stattfindende erklärt werden, was nur durch ihre Aufhebung bewirkt werden konnte, so sollte man schon bei sehr mäßiger Logik allerdings meinen, daß auch nach dem unmittelbaren Wortlaut des Art. 4 das Aufgehobensein der Vorrechte in ihm ausgesprochen sei.

Das Obertribunal erwägt weiter: „Es kann sich wol immer nur fragen: ob jene Vorschrift (des Allgemeinen Landrechts) mit den Grundsätzen der revidirten Verfassung etwa dergestalt im Widerspruch steht, daß sie mit der letztern unvereinbar erscheine und deshalb mit der Emanation der gedachten Verfassungsurkunde als mittelbar außer Kraft gesetzt zu betrachten sei. Indessen auch dies ist zu verneinen. Auf die Eingangsworte des Art. 4: «Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich», kommt es hierbei weniger an. Sie stellen überhaupt keinen neuen staatsrechtlichen Grundsatz auf und sagen in der That nicht mehr, als schon das Allgemeine Landrecht in §. 22 der Einleitung mit den Worten ausdrückt: «Die Gesetze des Staats verbinden alle Mitglieder desselben ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts.»"

Aber schon bei dieser Gleichstellung ist das Obertribunal in dem auffälligsten Irrthum befangen.

Daß die Gesetze des Staats für die Staatsangehörigen aller Stände verbindlich sein sollten, dieser schon im Allgemeinen Landrecht ausgesprochene Satz, welcher nur die Angehörigen aller Stände zum Gehorsam gegen die Gesetze des Staats überhaupt verpflichtet, schließt noch nicht ein, daß nicht verschiedene Gesetze für die Angehörigen der

[1] Seiner unmittelbaren Absicht nach ist er gegen die Aufhebung der Gesetze per desuetudinem gerichtet.

verschiedenen Stände und somit in Standeseigenschaften wurzelnde „Ungleichheit vor dem Gesetz" in diesem Staate bestehen könnten sollte. Das Allgemeine Landrecht bietet selbst das beste Beispiel hierfür. Denn es geht ausdrücklich von der Grundidee aus, daß die bürgerliche Gesellschaft nicht eine in sich rechtsgleiche, d. h. einem Gesetz unterworfene Allheit von Staatsangehörigen, sondern eine Mehrheit von verschiedenen Ständen mit verschiedenem Rechte derselben bilde. Es erklärt daher sofort in Thl. I, Tit. 1, §. 2: „Die bürgerliche Gesellschaft besteht aus mehreren kleinern, durch Natur oder Gesetz oder durch beide zugleich verbundenen Gesellschaften und Ständen", und es definirt ausdrücklich den Stand als einen besondern Kreis von rechtsgleichen Personen[1], wie es diesen organischen Grundsatz dann auch in den unterschiedenen Rechtsbefugnissen und Exemtionen der verschiedenen Stände verwirklicht.

Gleichheit vor dem Gesetz findet daher nach dem Allgemeinen Landrecht nicht für „alle Preußen", für welche daselbst vielmehr unterschiedene ungleiche Gesetze bestehen, sondern nur für die Glieder eines solchen Kreises (Standes) statt, wenn auch der Gehorsam gegen die ungleichen, die verschiedenen Stände mit verschiedenen Rechten befassenden Gesetze für alle Pflicht war.

Nach dem Allgemeinen Landrecht waren also die „Preußen" vor dem Gesetz ungleich. Es kam darauf an, ob man zum Adel-, Bürger-, Bauernstande gehörte, und nur die Genossen desselben Standes waren vor dem Gesetz gleich.

Dieser Ungleichheit der Staatsangehörigen vor dem Gesetz machte also die Verfassung ein Ende, indem sie in Art. 4 erklärte: Alle Preußen — also nicht mehr blos die Genossen eines besondern Standes — sind vor dem Gesetze gleich, d. h. es soll vor dem Gesetz keinen Unterschied mehr machen, welchem Stand jemand angehöre, oder die Rechtsunterschiedenheit der verschiedenen Stände soll aufgehoben sein.

Wie dies in dem unmittelbaren Wortlaut dieses Artikels mit zwingender Nothwendigkeit gegeben ist, so war es auch, wie jeder Mensch weiß, die Absicht der Verfassung, jenes Grundprincip der ständischen Gesellschaft — die Rechtsunterschiedenheit der Stände — aufzuheben zu Gunsten des modernen Grundsatzes von der Rechtsgleichheit aller Bürger, nach welchem die factischen Unterschiede von Stand, Beschäftigung u. s. w. keine rechtliche Unterschiedenheit mehr nach sich ziehen sollen.

---

[1] Das. §. 6. „Personen, welchen vermöge ihrer Geburt, Bestimmung oder Hauptbeschäftigung gleiche Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft beigelegt sind, machen zusammen einen Stand aus."

Nach der unleugbaren, nothwendigen Gedankenconsequenz des Art. 4 der Verfassung waren also allerdings bereits durch den ersten Satz: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich", die aus Standeseigenschaften hervorgehenden Rechtsunterschiede zwischen den Staatsbürgern und folglich auch die Unfähigkeit von Weibern anderer Stände zu einer Ehe mit einem adeligen Manne aufgehoben.

Der Art. 4 begnügt sich aber nicht einmal mit der impliciten Aufhebung der Standesvorrechte, wie sie aus der „Gleichheit aller Preußen vor dem Gesetz" von selbst folgt, sondern er fügt, diese hier entwickelte Folgerung mit eigenen Worten ziehend, ausdrücklich hinzu: „Standesvorrechte finden nicht statt."

Dieser ausdrücklichen Bestimmung entgegnet nun das Obertribunal (das. S. 181 fg.) mit folgenden Erwägungen: „Dergleichen allgemeine Axiome, wie sie die Verfassungsurkunde vielfach enthält, haben überhaupt, ihrer generellen Fassung wie ihrem Zwecke nach, mehr die Bedeutung, die leitenden Grundsätze für die künftige Gesetzgebung vorzuzeichnen, als sie sich schon selbst zur unmittelbaren Anwendung auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten eignen."

Diese Behauptung ist nicht nur eine vollständig sinnlose Erfindung, da jede Verfassung auch Gesetz sein will — und sich als solches ankündigt —, nur ein noch fundamentaleres und bindenderes Gesetz als die andern Gesetze, und am wenigsten daher auf die einem jeden Gesetz einwohnende Eigenschaft verzichtet, vom Tage seiner Emanation ab zur „Anwendung zu kommen" und die ihm entgegenstehenden Bestimmungen älterer Gesetze zu beseitigen; sondern diese Behauptung verstößt auch geradezu gegen den Art. 109 der Verfassung, welcher, indem er alle der Verfassung zuwiderlaufenden Bestimmungen der Gesetzbücher und einzelnen Gesetze für außer Kraft gesetzt erklärt, dadurch bis zum Ueberfluß deutlich an den Tag legt, daß die Verfassung nicht eine Verheißung für „künftige Gesetzgebung", sondern eine unmittelbare Rechtswirklichkeit sein solle. Das Obertribunal fühlt dies auch selbst und mildert daher jene Behauptung durch das eingeschobene unklare „mehr", durch welches es aber eigentlich die ganze Behauptung wieder zurücknimmt, und ferner durch den noch deutlicher widerrufenden Fortgang des Satzes, welcher also lautet: „wenigstens darf dies (die unmittelbare Anwendung der Verfassung) immer nur mit großer Vorsicht zumal da geschehen, wo es sich fragt, ob durch dieselbe eine bisher bestandene besondere gesetzliche Vorschrift implicite für aufgehoben erachtet werden soll. Gerade vor einem derartigen Misgriffe in der Anwendung hat der oben extrahirte Artikel 109 der Verfassung warnen(?) sollen."

Diese den Inhalt des Art. 109 in sein Gegentheil verbiegende Auffassung ist eine sehr schiefe. Mehr als das der Verfassung Zuwider-

laufende in den frühern Gesetzen konnte durch die Verfassung gar nicht aufgehoben werden. Wenn also der Art. 109 auch nicht in der Verfassung stünde, so würde durch dieselbe doch immer nur das ihr Zuwiderlaufende, keinesfalls mehr, aufgehoben sein. Wohl aber würde gerade dann das Obertribunal sicher nicht unterlassen hervorzuheben, es existire kein Artikel der Verfassung, welcher besage, daß diese auch die nicht speciell aufgehobenen Bestimmungen der Gesetzbücher außer Kraft setzen solle. Wenn also der Art. 109 schon irgendeine „Warnung" in sich enthalten soll, so enthält er nur eine Warnung vor solchen Urtheilen, wie das in Rede stehende.

Das Obertribunal fährt fort: „Dieser Auffassung steht die allgemeine Auslegungsregel: Lex posterior generalis non derogat priori speciali zur Seite."

Hier wird also ein gelehrter Anschein genommen! Aber leider beruht derselbe nur auf einer gänzlichen Verwirrung, auf einer höchst unglücklichen Verkennung der ersten Elementarsätze der Rechtswissenschaft.

Die wissenschaftliche Regel, auf die sich das Obertribunal bezieht, stammt aus dem Römischen Recht[1] und ist eine ganz richtige. Nur erleidet sie auf die vorliegende Frage auch nicht die geringste Anwendung.

Es wird dies am besten dadurch gezeigt werden, daß wir die Worte, in welchem Savigny diese Regel entwickelt (System, Bd. 1, §. 42, Auslegung der Gesetze, S. 265), folgen lassen. Savigny zeigt daselbst, daß und weshalb ein späteres Gesetz, welches mit einem frühern in innerm Widerspruch steht, dieses frühere aufheben müsse. Der Grund dieser Regel, sagt er, liegt darin, daß ein solcher Widerspruch „zu der fortschreitenden Entwickelung des Rechts gehört, sodaß mit der Gründung der neuen Rechtsregel die wirkliche Vernichtung der ältern verbunden war." — „Durch diesen Grund aber", fährt er dann fort, „ist zugleich eine natürliche Beschränkung der erwähnten Regel gegeben. Wenn nämlich neben der ältern Regel eine Ausnahme derselben bestand, so ist die Aufhebung (sc. der Regel) nicht auch auf diese Ausnahme mit zu beziehen; vielmehr besteht die Ausnahme auch neben der neuern Regel fort, wenn sie nicht noch besonders aufgehoben ist."

Diese Regel hat also ihren Grund in der sehr einfachen Verstandesfolgerung, daß, wenn eine Regel aufgehoben wird, doch nur das in der Regel Enthaltene, keinesfalls aber das ihr sogar Entgegengesetzte — also die Ausnahme von ihr — aufgehoben sein soll.

---

[1] L. 80 de reg. jur. (50, 17): In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. L. 41 de poenis (48, 19) . . . nec ambiguitur, in cetero omni jure speciem generi derogare.

Aber es muß bereits evident geworden sein, daß diese Regel überhaupt hier gar nicht zur Sprache kommen kann! Denn es verhält sich ja nicht so, daß im Allg. Landrecht die Regel von der Rechtsgleichheit der Angehörigen der verschiedenen Stände aufgestellt worden wäre und das betreffende Eheverbot hiervon eine Ausnahme bildete, und nun jene Regel der Rechtsgleichheit von der Verfassung aufgehoben wäre! In diesem Falle, und nur in diesem Falle würde der vom Obertribunal angerufene Grundsatz, daß mit der Aufhebung der Regel die Ausnahme noch nicht aufgehoben sei, zur Anwendung kommen und das Eheverbot allerdings dann als fortbestehend zu erachten sein. Dieser Fall ist ja aber gerade der umgekehrte von dem wirklich vorliegenden, und in seinem Bestreben, sein Urtheil durch Gründe zu motiviren, verwirrt sich das Obertribunal so erstaunlich, daß es einen Fall als vorliegend unterstellt, der von dem vorliegenden in jedem Punkte das gerade Gegentheil ist.

Statt daß jenes Eheverbot im Allg. Landrecht eine Ausnahme bildete, verhält sich die Sache vielmehr so: das Allgemeine Landrecht geht gerade, wie wir schon oben gezeigt haben, von der Regel, von dem Hauptgrundsatze der ständischen Rechtsungleichheit der Personen aus und stellt denselben, wie wir sahen, sofort in den ersten Paragraphen des ersten Titels „von Personen und deren Rechten überhaupt" als die organische Grundlage seiner Rechtsanschauungen hin (s. oben S. 386 fg.). Von diesem Hauptgrundsatze der Rechtsungleichheit der Stände ist dann jenes Eheverbot nur eine Anwendung, keine Ausnahme! Als Anwendung der aufgehobenen Regel ist dies Verbot mit derselben zugleich aufgehoben und kann nicht durch die für die Ausnahmen von aufgehobenen Regeln bestehenden Grundsätze aufrecht erhalten werden! Sollte dem Obertribunal bei seiner Citation: „Lex posterior generalis non derogat priori *speciali*", vielleicht das Stupende zugestoßen sein, vergessen zu haben, was der Römer unter einer „lex *specialis*" versteht, daß er nämlich nicht, wie man nach dem deutsch-lateinischen Ausdruck „speciell" freilich denken könnte, ein die allgemeinen Rechtsgrundsätze über eine Materie in ihren Einzelheiten genau ausführendes specialisirendes Gesetz, sondern stets ein den in einem Rechtsgebiete bestehenden allgemeinen, generischen Grundsätzen derogirendes Gesetz versteht? Und selbst wenn das Obertribunal dies vergessen hätte, so hätte es dies doch hinreichend aus Savigny entnehmen können, der in der Anmerkung c zum a. O. ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten fortfährt: „Man darf den hier als Beschränkung der Hauptregel aufgestellten Grundsatz nicht auf alle specielle Bestimmungen des frühern Rechts beziehen, sondern nur auf diejenigen, die den Ausnahmencharakter an sich tragen; also nicht auf solche specielle Bestimmungen, welche selbst nur Folgerungen aus der frühern Regel waren."

Zu welch trauriger Sophistik sinkt also die Berufung des königl. Obertribunals auf jenen Auslegungsgrundsatz zusammen!

Bei alledem hat man inzwischen immer noch nicht erfahren, warum jenes Eheverbot nicht ein „Standesvorrecht" darstellen und also durch die dürren Worte des Art. 4 abgeschafft sein soll. Das Obertribunal geht dazu über, diesen Beweis zu erbringen. Standesvorrechte, sagt es, sollen allerdings nicht mehr stattfinden. Allein unter Standesvorrechte könne man unmöglich das Eheverbot des §. 30 subsumiren, weil dasselbe „seinen Worten wie seinem Zwecke nach doch nur als eine Beschränkung (!!) des einzelnen adeligen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin aufgefaßt werden kann".

Dies also ist der Grund! Jene Unfähigkeit der Weiber des geringen Bürgerstandes, mit adeligen Männern eine gültige Ehe zu schließen, stellt gar kein „Standesvorrecht", sondern ja nur eine offenbare „Beschränkung" des adeligen Mannes dar, sagt das Obertribunal!

Ein späteres Urtheil des Appellationsgerichtshofes zu Münster hat witzig darauf geantwortet: Wenn der §. 30 eine Beschränkung des Adelstandes bilde, so genösse ja hierdurch der Bürgerliche ein Standesvorrecht vor dem Adel; und da nach dem Art. 4 der Verfassung auch der Bürgerliche keine Standesvorrechte voraushaben soll, so wäre auch jene „Beschränkung" aufgehoben. — Vielleicht hätte indeß selbst das Obertribunal dennoch sehen können, daß jene „Beschränkung" des „einzelnen adeligen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin" gleichwol ein Standesvorrecht des Adels bilde, wenn es dem Obertribunal gefallen hätte, auch an die Frauen zu denken, statt blos von dem Manne zu sprechen. Denn in Bezug auf die Frauen ist doch unbestreitbar, daß der §. 30 den Frauen des Adel- und höhern Bürgerstandes, indem er ihnen ein ausschließendes Recht auf Schließung einer gültigen Ehe mit einem adeligen Manne auf Grund ihres Standes zuspricht, hierdurch ein Standesvorrecht vor den Frauen des geringen Bürger- und Bauernstandes einräumt. Und fast sollte man vermuthen, daß, wenn die Verfassung erklärt, Standesvorrechte finden nicht mehr statt, dies ebenso gut die Standesvorrechte des weiblichen, schönern Geschlechts wie des männlichen beseitigt! Und vielleicht sollte die Forderung einer so mäßigen Ueberlegung nicht als eine zu übertriebene Anforderung an einen obersten Gerichtshof erscheinen!

Offener noch als das Urtheil des Obertribunals vom 24. Nov. 1856 spricht sich das Obertribunalsurtheil vom 25. Nov. 1853 hierüber aus. Es nennt jenes Eheverbot nicht blos eine „Beschränkung" schlechtweg, sondern noch deutlicher: eine — — „bevorzugende Beschränkung"!! Es sagt ipsissimis verbis (Entsch., XXVI, 352 fg.): „Von einem Vorrecht des Adelstandes ist dabei nicht die Rede; sie enthalten vielmehr

nur eine, auch mit Rücksicht auf die Stellung des Adels im allgemeinen, diesen bevorzugende Beschränkung für den Einzelnen."

Eine „bevorzugende Beschränkung" im Rechte — ist aber eben just das, was man ein Vorrecht zu nennen pflegt! Und wenn dasselbe auf Grund des Standes eingeräumt wird, ein Standesvorrecht!

Freilich spricht sich dieses letztere Urtheil noch offener aus. Es sagt geradezu: „Der zweite Satz des Art. 4 spricht von Standesvorrechten; diese finden nicht mehr statt. Daß aber durch diese Bestimmung aller Unterschied der Stände habe aufgehoben werden sollen, läßt sich nicht annehmen. Der Unterschied der Stände besteht factisch und rechtlich noch jetzt, und muß in jedem Staate, seine Verfassung sei welche sie wolle, bestehen, weil er von Verhältnissen der Erziehung, Bildung, Lebensart, Hauptbeschäftigung und des Vermögens abhängt."

Wenn das Obertribunal hier geradezu heraussagt, auch rechtlich bestehe der Unterschied der Stände noch fort, so hat es mit dieser bündigen Behauptung den Art. 4 der Verfassung überhaupt cassirt und kann dann natürlich sehr leicht zu dem gewünschten Resultat kommen. Die factischen Unterschiede der Erziehung, Bildung, des Vermögens bestehen allerdings noch fort. Diese sind aber überhaupt keine durch das Recht gesetzte. Das Recht hat nichts dagegen, daß einer so gebildet, so reich, so schön sei und sich für so vornehm halte, wie er wolle. Das Vorrecht im juristischen Sinne entsteht erst, wenn jenen factischen Unterschieden auch im Rechte ein bevorzugender Ausdruck gegeben wird. Dies also, daß jene factischen Unterschiede der Geburt u. s. w. auch einen Unterschied in den Rechten der Personen nach sich ziehen, zu rechtlichen Unterschieden befestigt werden sollen — dies ist es, was der Art. 4 ausschließt und verneint.

Wenn also das Obertribunalsurtheil vom 25. Nov. 1853 geradezu sagt, auch im Rechte bestehe der factische Unterschied der Stände noch fort und müsse in jedem Staate fortbestehen, weil die factischen Unterschiede fortexistirten, so ist dieser Grund eine Gedankenlosigkeit, weil die Fortexistenz der factischen Unterschiede von Geburt, Beschäftigung, Bildung, Vermögen u. s. w. nicht in sich einschließt, daß dieselben auch eine rechtliche Unterschiedenheit nach sich ziehen müssen, vielmehr der Gedanke der mit der Französischen Revolution von 1789 eingetretenen modernen Gesellschaft und aller seitdem in dieser Richtung entstandenen Verfassungen gerade der ist, daß jene factischen Unterschiede, unbeschadet ihrer rein factischen Fortexistenz, keine Rechtsunterschiedenheit nach sich ziehen sollen. Die Behauptung selbst aber, der Unterschied der Stände bestehe auch rechtlich noch fort und müsse fortbestehen, stellt

auf das offenste nichts Geringeres dar, als eine vom Obertribunal vorgenommene Fortrevidirung des Art. 4 aus der oft revidirten Verfassung!

Das andere Urtheil (vom 24. Nov. 1856) vermeidet daher die Ungeschicklichkeit, offen zu erklären, daß der „Unterschied der Stände rechtlich noch jetzt bestehe", obschon natürlich der Sache nach seine Argumentation auf denselben Satz hinausläuft.

Es kommt daher gleichfalls schließlich auf die Betrachtung (das. S. 186), daß durch jenes Eheverbot nur auf den „nicht wegzuleugnenden Unterschied der Stände hingedeutet" werde, und knüpft hieran als letzten und entscheidenden Beweis eine andere, Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts parallelisirende Betrachtung. So bestimme z. B. der §. 701, Thl. II, Tit. 1, des Allgemeinen Landrechts: „Wegen blos mündlicher Beleidigungen, ingleichen wegen geringer Thätlichkeiten sollen Eheleute gemeinen Standes nicht geschieden werden."

„Daß nun", fährt das Obertribunal fort, „auch diese Bestimmungen durch die angerufenen Grundsätze des Art 4, a. a. O., aufgehoben wären, ist wol ernstlich niemals behauptet worden; und doch stehen sie insofern mit dem Eheverbote des §. 30, a. a. O., in der That auf gleicher Höhe." (!!!)

Wie es etwa einem leidenschaftlichen Musikus einen heftigen Nervenschmerz verursacht, wenn ein ganzes Quartett von falschen Quinten auf einmal auf ihn eindringt, so müssen, glauben wir, die angeführten Worte einen ähnlichen Eindruck auf jeden Juristen hervorbringen.

Schwere Beleidigungen sind ein Ehescheidungsgrund (Allgemeines Landrecht, §. 700 daselbst). Das Dasein einer Beleidigung aber, und resp. die Schwere derselben, hängt von factischen Umständen, wie dem animus des Beleidigers u. s. w. ab.

Da die Frage, ob eine Beleidigung vorliege — und ferner eine Beleidigung, schwer genug, um eine Ehe zu trennen —, keine Rechtsfrage, sondern eine factische Frage ist, so muß es dabei also eben auf alle factischen Umstände, und somit auch auf die Bildungsverhältnisse der betreffenden Personen ankommen. Dasselbe Schimpfwort z. B., welches, von einem hohen Staatsbeamten gegen seine Frau ausgestoßen, bereits einen sehr beleidigenden animus bekunden, eine sehr schwere Beleidigung darstellen würde, würde im Munde eines Tagelöhners, bei dessen ganz andern Bildungsverhältnissen und Lebensgewohnheiten, noch nicht im geringsten einen solchen animus zu beweisen brauchen. Dieser factische Unterschied der Bildungsverhältnisse und Lebensgewohnheiten ist es, welchen der §. 701 hat hervorheben wollen, indem er ihn als einen Unterschied der Standesverhältnisse ausdrückt, mit denen er in der Regel zusammenfällt. Die Einwirkung dieses factischen Unterschiedes

ist aber, weil hierbei eben eine rein factische Frage vorliegt, so selbstredend und an und für sich durch die juristische Natur der Sache geboten, daß sie ganz ebenso sehr rechtlich stattgefunden hätte, wenn der §. 701 gar nicht existirte. Der Code Napoléon ist z. B. eins jener Gesetzbücher, welches — obgleich dies das Obertribunal in einem früher angezogenen Motiv für „unmöglich" erklärt — einen rechtlichen Unterschied der Stände gar nicht anerkennt. Das Ehescheidungsgesetz des Code Napoléon enthält auch nicht im geringsten abweichende Vorschriften für die Eheleute der verschiedenen Stände. Nichtsdestoweniger ist es den französischen Tribunalen noch niemals eingefallen, in den auf schwere Beleidigungen gestützten Ehescheidungsklagen zwischen einem Deputirten und seiner Frau und zwischen einem Holzhauer und seiner Frau die Beleidigungen mit demselben Maßstab bemessen zu wollen.

Die französische Jurisprudenz hat, da hier eine factische Frage, nicht, wie bei dem landrechtlichen Eheverbot, eine Rechtsfrage, vorlag, von selbst feststellen müssen, daß alle auf dieselbe influirenden thatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die für das Dasein einer beleidigenden Absicht und ihrer Schwere maßgebenden Umstände der Bildung u. s. w., die richterliche Beurtheilung entscheiden müßten.

Mit dieser rein factischen Frage erklärt das Obertribunal die reine Rechtsfrage jenes landrechtlichen Eheverbots für „auf Einer Linie stehend"!! Das Obertribunal faßt also die Bestimmung des §. 701, statt als eine aus der entwickelten Natur der Sache herfließende, wie es scheint, so auf, als habe der Gesetzgeber dadurch dem Bauer und Arbeiter ein Standesrecht gründen wollen, die Frau zu prügeln und zu schimpfen!

Will man einmal die Bestimmung des §. 701 in diesem Sinne auffassen, so würde dann aus der Allegirung derselben auch nichts anderes folgen, als daß sie gleichfalls durch den Art. 4 aufgehoben wäre.

Dies sind ihrer Substanz nach die Gründe, auf welche hin das Obertribunal jene Erkenntnisse basirt hat. — Und auf diese — Gründe hin hat man Ehen für nichtig erklärt, Kinder um die ihnen zukommende Legitimität gebracht, Erbtheile aberkannt, kurz, gerade der Vorwürfe sich schuldig machend, die man in der Regel mit Abscheu nur gegen die äußersten revolutionären Richtungen, insbesondere den Communismus, zu schleudern pflegt, Familie und Eigenthum aufgehoben.

Zugleich hat sich durch die Ausführungen des gegenwärtigen Abschnitts ein deutlicher Beitrag zu dem ergeben, was wir in der Einleitung (S. 29 fg.) über die politische Geschichte des Rückwirkungsbegriffs gesagt haben, ein Beitrag von Interesse zur Physiologie bestimmter historischer Perioden und Erscheinungen. Es muß nämlich aus dem Vorigen klar sein, wie das königliche Obertribunal in Bezug auf

jene Urtheile sehr präcis als der umgekehrte Convent bezeichnet werden könnte. In der That hat das Obertribunal nicht das Gegentheil, sondern das Umgekehrte von dem gethan, was wir den Convent vollbringen sahen. Während der Convent dem neuen Gesetze Rechtsverbindlichkeit gab, aus dem bloßen, in Handlungen ausgedrückten Rechtsbewußtsein des Volkes heraus, von einer Zeit an, wo man zweifelhaft sein konnte, ob dasselbe bereits zur rechtlichen Wirklichkeit gediehen war, verweigert das Obertribunal dem neuen Rechtsbewußtsein, selbst nachdem dasselbe in ausdrücklichen Worten vom Gesetzgeber verkündet und zum Gesetz erklärt worden ist, das rechtliche Dasein und läßt die alten Gesetze trotz ihrer gesetzlichen Abschaffung noch fortbestehen — ein Reactionsconvent im Gegensatz zum französischen Revolutionsconvent!

VI. Das Erbrecht in formell-juristischer Hinsicht.

Fast in noch höherm Grade als in den meisten andern Rechtsgebieten sind im Erbrecht irrige Ansichten über die uns beschäftigende Lehre verbreitet. Sie sind gerade durch Savigny's Theorie zu festerer Consistenz gelangt, und dies hat einen hauptsächlichen Grund darin, daß auch Savigny, obwol er (VIII, 481 fg.) den frühern Autoren mit Recht vorwirft, daß sie nicht genug unterscheiden zwischen den Veränderungen, welche in den thatsächlichen Verhältnissen, und denen, welche durch neue Gesetze eintreten können, dennoch nicht nur den Unterschied zwischen beiden Arten von Veränderungen nirgends klar legt, sondern selbst in den Fehler dieses Nichtunterscheidens in gleich hohem Maße als die frühern Autoren verfiel.

Indeß ist dies bei weitem nicht die einzige Ursache der Irrungen, und es erscheint daher angemessen, hier in möglichster Kürze die hauptsächlichsten, aus unserer Theorie fließenden und den Savigny'schen Ansichten entgegengesetzten Resultate zusammenzustellen. Wir werden dabei von selbst im Verlauf näher auf das eigentliche Wesen des Erbrechts eingehen müssen, und hier den oben (§. 2, A.) versprochenen Nachweis zu erbringen haben.

A. Rechtliche Natur des Testaments.

Die bisherige, auch von Savigny, a. a. O., S. 447 fg., hierüber entwickelte Lehre lautet: Jeder Testator sei anzusehen als handelnd in zwei verschiedenen Zeitpunkten, dem Zeitpunkt, in dem er das Testament errichtet, und in dem Augenblick des Todes, worin er das früher errichtete Testament unverändert hinterläßt. Das erste könne man die

factische Thätigkeit, das zweite die juristische Thätigkeit des Testators nennen. Nur das Product der zweiten Thätigkeit könne und solle wirken; das der ersten bleibe in der ganzen Zwischenzeit meist unbekannt, immer unwirksam.

Diese Lehre stellt sich gewiß auf den ersten Blick als ganz unverfänglich und richtig dar. Dennoch leidet sie an einem Mangel an Genauigkeit, der, wie geringfügig er auch zunächst erscheint, sich dennoch zu wesentlich irrigen Folgerungen treibt. Es schleicht sich nämlich dabei innerlich die Auffassung ein, wenn dieselbe auch nicht in alle ihre Consequenzen hinein festgehalten wird, als wäre jene erste factische Thätigkeit eine nur vorbereitende, an sich unwirksame, und nur die zweite Thätigkeit dagegen diejenige der juristischen Vollziehung[1], wie übrigens auch ausdrücklich in den schon angeführten Worten Savigny's hervortritt, daß „nur das Product der zweiten Thätigkeit wirken kann und soll", während das der ersten immer unwirksam bleibe. Welche irrige Folgen sich nach entgegengesetzten Seiten hin hieraus entwickeln müssen, werden wir bald sehen. Zunächst handelt es sich darum, die Ungenauigkeit dieser Auffassung und die Art dieser Ungenauigkeit zu constatiren. Dieselbe wird sich aber nicht leugnen lassen. Denn wollte man die erste Thätigkeit wirklich als eine blos factische und vorbereitende festhalten, so würde bei strenger Consequenz schon dies eintreten, daß jedes rechtliche Verhältniß zur Zeit dieser blos factischen Thätigkeit und Feststellung gleichgültig sein und also das von einem Unmündigen oder Wahnsinnigen oder einem deportatus gemachte Testament gültig sein müßte, wenn der Testator nur zur Todeszeit, als der der juristischen Vollziehung, mündig, bei Vernunft oder wieder mit der testamentifactio bekleidet war, wie es in der That gleichgültig wäre, ob ein Act von einem Unmündigen, Wahnsinnigen oder Unfähigen angefertigt worden, wenn letzterer nur zur Zeit der Unterschrift, als der formellen Vollziehung des Actes, wieder bei Verstande oder Fähigkeit war; oder wie es etwa, um ein noch näher liegendes Beispiel zu gebrauchen, für die formlose und in der That eine blos factische Thätigkeit darstellende Errichtung eines römischen Fideicommisses gleichgültig ist, ob der Verfügende zu dieser Zeit deportirt ist, wenn ihm nur in dem Augenblicke, wo er stirbt, ohne seinen Willen geändert zu haben, die testamentifactio beiwohnt.[2]

---

[1] Wie dies noch deutlicher in der Ausdrucksweise Bornemann's zu Tage tritt, welcher (a. a. O., S. 46) die erste Thätigkeit als die „factische Feststellung" (also etwa als den demonstrativen Inhalt des Testaments) der zweiten als der die „juristische Gültigkeit" verleihenden entgegenstellt.

[2] Siehe oben S. 266 fg.

Ebenso müßte eigentlich für die blos factische Thätigkeit der Feststellung jede Förmlichkeit, die doch nur zur Seite der juristischen Gültigkeit gehört, gleichgültig und einflußlos sein. Es müßte also bei äußerster Consequenz sogar jedes testamentum imperfectum Geltung haben, da es als ein solches aufzufassen wäre, das durch den Tod seine juristische Vollziehung erlangt habe. Und jedenfalls würde die zur Zeit der blos factischen Thätigkeit beobachtete, dem damaligen Gesetze entsprechende Form des Testaments einflußlos sein und dieses nicht schützen können, wenn sie nicht den zur Zeit der „juristischen Thätigkeit" des Testators, also zur Todeszeit geltenden Formgesetzen entspräche.[1]

Von alle diesem gilt nun aber das Gegentheil. Die Testamente, welche von Unmündigen, Wahnsinnigen und Deportirten angefertigt wurden, werden nicht gültig, wenn die Testatoren auch zur Zeit des Todes Mündigkeit, Vernunft und Civität wiedererlangt haben, und ebenso wenig wird ein Testament ungültig, wenn es den gesetzlichen Formalitäten zur Zeit des Todes nicht entspricht, sofern es nur diejenigen zur Zeit seiner Errichtung beobachtet hat. Auch verfällt man nicht in so grobe Irrthümer, sondern ist in den bisher angeführten Fällen der richtigen, mit den positiven Gesetzen[2] übereinstimmenden Ansicht. Allein man ist dies nur, indem man dabei jene Theorie, die, wie gezeigt, zu den entgegengesetzten Resultaten führen müßte, höchst inconsequent im Stich läßt. Indem man dieselbe aber in andern Fällen besser festhält, wird man durch sie auch zu großen praktischen Irrthümern verleitet.

Die Unrichtigkeit der bisherigen Theorie besteht also, wie wir sehen, darin, daß das Testament in zwei getrennte Seiten und Thätigkeiten, eine factische und eine juristische, zerrissen wird, von denen die eine nur zur Zeit der Testamentsanfertigung, die andere nur zur Zeit des Todes eintrete, während doch das Testament schon zur Zeit der Anfertigung ein beide Seiten in sich schließendes Ganzes ist, was unleugbar darin hervortritt, daß schon zu dieser Zeit Rechtsfähigkeit des Testators vorhanden sein muß, wenn das Testament gültig sein soll, und daß die ihm zu dieser Zeit gegebene juristische Form trotz neuer Gesetze über Testamentsförmlichkeiten ihre Gültigkeit behält.

---

[1] Wie Savigny, S. 448, dazu kommt, die factische Thätigkeit mit der Form des Testaments, und die juristische Thätigkeit mit dem Inhalt desselben ohne weiteres als identisch zu setzen, ist gar nicht abzusehen. Die civilrechtlichen Formalitäten, welche für die Gültigkeit von Testamenten erforderlich sind, gehören doch offenbar und vor allem zur streng juristischen Seite und Thätigkeit des Testators.

[2] §. 1 Inst. quibus non est perm. (2, 12). L. 2; L. 6, §. 1; L. 20, §. 4, qui test. (28, 1); L. 8, §. 3, de j. cod. (29, 7); L. 1, §. 8, 9, de b. p. sec. tab. (37, 11) etc.

Das Testament ist also vielmehr schon bei seiner Errichtung eine Einheit von beiden Thätigkeiten.[1]

---

[1] Von hier aus erst ergibt sich das innere Verständniß der Einheit der Handlung, welche das Römische Recht für die Anfertigung des Testaments verlangt. Wenn die Testamentserrichtung eine blos factische Thätigkeit und Feststellung wäre, so würde es gleichgültig sein, ob die erforderliche Form stückweise und in beliebigen Intervallen an dem Testament entstanden ist, wenn sie nur zur Zeit des Todes an demselben vorhanden ist. Wenn also nur die Unterschrift und Siegel des Testators und der sieben Zeugen zur Zeit des Todes am Testamente da sind, so müßte es gleichgültig sein, ob dieselben an sieben verschiedenen Tagen an das Testament gesetzt worden sind. Umgekehrt schreiben die römischen Gesetze die Nothwendigkeit der einheitlichen Handlung (uno eodemque tempore) vor, s. §. 3 Inst. de test. ord. (2, 10); L. 21 C. de test. et quemadm. (6, 23), und L. 23, §. 3, qui test. facere poss. (28, 1). Was hierin liegt, ist, daß es nicht hinreicht, wenn zur Zeit des Todes die erforderliche Form an dem Testamente ist, sondern, daß schon bei der Anfertigung jedes bestimmte Testament diejenige juristische Form empfangen muß, die zur Zeit des Todes zur Gültigkeit für dasselbe erforderlich sein wird. (Wir machen hier ausdrücklich darauf aufmerksam, wie durch diese Ausdrucksweise die Frage nach dem Einfluß eines Gesetzwechsels über Testamentsförmlichkeiten nach keiner ihrer beiden Seiten hin präjudicirt wird.) Denn wäre die Unterschrift des Testators und der Zeugen z. B. in sieben verschiedenen Zeiträumen erfolgt, so wäre zwar am Producte der Testamentsthätigkeit zur Zeit des Todes die Form da, aber man könnte von keinem dieser sieben Anfertigungsmomente sagen, auch nicht von dem letzten, daß in demselben das Testament die erforderliche juristische Form erhalten habe. Das Testament wäre vielmehr, obwol als Product mit der Form versehen, doch in Bezug auf seine Anfertigung in formloser Weise entstanden. Es soll aber schon die Handlung seiner Errichtung eine juristisch-formelle, oder, was dasselbe ist, das Testament soll nicht blos zur Zeit des Todes, sondern schon zur Zeit der Anfertigung Product einer juristischen Thätigkeit sein. Dies ist die innere Nothwendigkeit, vermöge welcher die Einheit der Handlung, die Unterschrift und Signatur des Testators und der sieben Zeugen zu ein und derselben Zeit und ohne Dazwischenkunft eines andern Acts gefordert wird. Das Dictiren oder Niederschreiben des Testaments aber, weil dies in der That eine blos factische, die Testamentsvollziehung nur vorbereitende Thätigkeit ist, ist nicht in diese Einheit der Handlung eingeschlossen, sondern kann ihr vorhergehen und in beliebig viele Zeitabschnitte zerfallen. [L. 21 C. de test. (6, 13): .... superfluum est, uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet uno eodemque die nullo actu interveniente testes omnes videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum etc.] Erst die in der Unterschrift vor sich gehende Vollziehung des Testaments stellt den juristischen Act des Testirens dar, für den jene Einheit der Handlung nöthig, wenn das Testament nicht vitiirt sein soll. — Noch handgreiflicher ist bei den alten Testamentsformen calatis comitiis und per aes et libram die juristische Thätigkeit in der Testamentserrichtung, welche hier sogar ganz im Vordergrund steht. Bei dem Testament per aes et libram tritt

Näher noch tritt die Ungenauigkeit jener Theorie heraus, wenn man ihr in positiver Weise die richtige Theorie gegenüberstellt. Diese würde folgendermaßen lauten: Das Testament ist ein für sich fertiger und abgeschlossener[1] Act einer ebenso juristischen als factischen Thätigkeit, welche feststellt, was nach dem Willen des Testators nach seinem Tode mit der Erbschaft geschehen soll. Dieser Act ist an sich zur Wirksamkeit bestimmt, was dadurch nicht behindert wird, daß sie nach dem Willen des Testators erst mit seinem Tode eintreten soll. Außer dieser Zeitbestimmung behält sich der Testator aber noch jede Aenderung seiner Willensverfügung bis zum letzten Lebenshauche vor. Das Testament wird daher nur wirksam, wenn es nicht widerrufen wird. Da dieser Widerruf usque ad extremum spiritum vitae vor sich gehen kann, so ist der ohne solchen Widerruf eingetretene Tod zu deuten als ein im letzten Lebensaugenblick erfolgter bestätigender Willensact, als eine Confirmation des Testaments.[2] Dieser Confirmationsact ist gleichfalls wie das Testament selbst eine ebenso rechtliche wie factische Thätigkeit. Eine factische, da er ein Dasein des Willens des Testators darstellt. Eine rechtliche, indem der Testator auch noch die Rechtsfähigkeit und Befugniß zu dieser Confirmation besitzen muß, um dieselbe wirksam zu ertheilen. (Hieraus fließt also die Nothwendigkeit, daß auch im Augenblick des Todes testamentifactio und persönliche Rechtsfähigkeit überhaupt dasei und der Inhalt des Testaments noch rechtlich erlaubt sei.) Nur in Bezug auf ihre äußere formelle Natur ist diese Confirmation, da sie in einer Unterlassung besteht, nothwendig eine formlose.

---

die juristische Thätigkeit und die factische Feststellung, welche beide in der Testamentserrichtung enthalten sind, deutlich in zwei getrennte Momente auseinander: in die Mancipation, welche die erste, und in die nuncupatio testamenti, welche die zweite darstellt.

[1] Hierin liegt ein Hauptunterschied von der Savigny'schen Theorie, welche die Thätigkeit zur Zeit des Todes zu einem Theil des Testaments selbst macht und das Testament daher, wie etwa die Usucapion, mit welcher Savigny daher auch (a. a. O., S. 449) dasselbe vergleicht, gleichsam erst durch den Ablauf des Lebens beendet werden läßt. „*Finem* autem testamenti", sagen dagegen die Kaiser Theodosius und Valentinianus in der zuletzt angezogenen L. 21 C. de test. (6, 23), „subscriptiones et signacula testium esse decernimus."

[2] Die in dem Nichtwiderruf bis zur Zeit des Todes liegende Confirmation kann daher auch andere Willensverfügungen als Testamente bestätigen, z. B. die während der Ehe verbotenen Schenkungen zwischen Mann und Frau; s. L. 25 C. de donationib. int. vir. et ux. (5, 16), welche durch das silentium donatoris confirmirt werden sollen. — Ja, diese confirmatio wirkt sogar nach dieser Justinianeischen Verordnung, wenn die Schenkung nicht die quantitas legitima überschritt, oder, falls sie dies that, mindestens insinuirt war, nicht erst von der Zeit des Todes, sondern schon vom Tage der Donation ab, wie eine Ratihabition.

Aus diesen Sätzen entwickeln sich daher nun von selbst folgende Consequenzen:

B. Form des Testaments.

Da die Confirmation eine formlose ist, so kann es also nicht darauf ankommen, ob das Testament die größern zur Zeit des Todes, als der Zeit der bloßen Confirmation, erforderlichen Testamentsförmlichkeiten erfüllt, wenn es nur den zur Zeit seiner Errichtung für Testamente bestanden habenden Formvorschriften entspricht.

Umgekehrt: Ob die Förmlichkeiten eines Acts hinreichen, um ihm durch Confirmation Wirksamkeit zu ertheilen, ist eine Frage, die natürlich nothwendig bejaht werden muß, wenn der Act nur den Formen entspricht, welche die Gesetze zur Zeit der Confirmation für Acte seiner Art zur Gültigkeit derselben fordern. Und folglich muß auch das Testament, welches nur die zur Zeit des Todes gesetzlich nöthigen Solennitäten erfüllt, formell gültig sein.

Wir haben also hier aus der rechtlichen Natur des Testaments heraus dieselben beiden Gesetze entwickelt, welche wir oben (§. 11) auf einem andern Wege aus dem Begriffe der Nichtrückwirkung abgeleitet haben, und die gegenseitige Bestätigung ist eine vollkommene. Es zeigt sich hierbei zugleich, wie tief es im innersten Wesen der Sache beruhte, wenn positive Gesetze so häufig die Convalescenz der Testamente durch die geringere Förmlichkeiten erheischenden Gesetze zur Zeit des Todes ausgesprochen haben (s. oben S. 289—291).

Es wird jetzt auch klar sein, wie die irrige Auffassung der Natur des Testaments in der Savigny'schen Theorie die nothwendige Ursache davon ist, daß Savigny sich gegen diese Convalescenz der Testamente aussprechen und daher auch den §. 17 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht ungerecht behandeln muß (Savigny, a. a. O., S. 409 fg. und 476). Wir haben nämlich bereits gezeigt, daß nach der Savigny'schen, das Testament in eine blos factische Thätigkeit zur Zeit der Errichtung und in eine blos juristische Thätigkeit zur Zeit des Todes zerlegenden Theorie bei wahrhaft logischer Consequenz die Form des Testaments immer nur nach dem Gesetz zur Zeit der juristischen Thätigkeit, also gerade zur Zeit des Todes beurtheilt werden müßte, weil die Solennitäten der Form schlechterdings zur streng-juristischen Thätigkeit des Testators gehören.[1]

[1] S. oben. — So wiederholt Savigny auch noch S. 466: „Die Form gehört ganz zur factischen Seite des Testaments." Savigny scheint sich, indem er dies schreibt, die Frage innerlich so denken: „Ist die erforderliche Form vom Testator

Allein daß eine solche Form schlechterdings nicht aufgestellt werden konnte, lag auf der Hand, weil es nicht möglich ist, im Augenblick des Todes Solennitäten vorzunehmen. Und da nun einmal in dieser Theorie die bei dem Testament obwaltende factische und juristische Thätigkeit in zwei getrennte Zeitmomente auseinander gerissen und die juristische Thätigkeit des Testaments nur in die Zeit des Todes verlegt wird (statt die dann stattfindende Thätigkeit als eine außerhalb des Testaments als solchem liegende besondere Confirmation von wiederum ebenso juristischer als factischer Natur aufzufassen), so blieb nichts übrig, als die Form — der factischen Thätigkeit zuzutheilen. Und da diese ebenso nur zur Zeit der Anfertigung stattfindet, so war durch diese Trennung der Momente jeder Einfluß des erleichternden und noch vor dem Tode des Testators erscheinenden Gesetzes in Bezug auf die Form des Testaments ausgeschlossen. Obgleich es doch auch ohne jede tiefere theoretische Betrachtung hätte einleuchten sollen, daß es eine merkwürdige Forderung an den Testator ist, ein Testament, welches den formellen Ansprüchen des heutigen Gesetzes entspricht, aufzuheben und ganz in denselben Formen wie jenes noch einmal zu machen, blos weil das Testament nach dem untergegangenen Gesetze zur Zeit seiner Anfertigung formelle Mängel darbieten würde, ein Gesetz, welches doch für Acte, die erst nach seiner Aufhebung civile Verbindlichkeit erlangen, nicht mehr maßgebend sein kann.

Aus den obigen Sätzen über die rechtliche Natur des Testaments entwickeln sich nun ferner nachstehende Folgerungen in Bezug auf die

C. Persönliche Fähigkeit des Testators rücksichtlich seiner Rechtsverhältnisse,

und zwar:

a. bei factischen Veränderungen dieser Rechtsverhältnisse unter gleichbleibendem Gesetz.

Die testamentifactio und die Vermögensfähigkeit sind bekanntlich

beobachtet worden?" Dies wäre freilich eine factische Frage. Aber so gefaßt wäre alles eine factische Frage, z. B. auch diese: Hat der Testator testamentifactio gehabt? oder: Hat der Testator in inhaltlich erlaubter Weise testirt? Die Fragen stehen vielmehr so: Ist die bestimmte conditio des Testirenden eine solche, der nach dem Gesetz testamentifactio zukommt? — Sind die beobachteten Formen nach Civilrecht zur Gültigkeit für den Testamentsact ausreichend? — Sind diese gegebenen Dispositionen erlaubt? — Und dies sind Rechtsfragen und die entsprechenden Seiten rechtliche Seiten der Sache. Factisch ist an dem Testament nur der Willensinhalt des Testators.

erforderlich zu beiden Zeiten, zur Zeit des Teſtaments und zur Zeit des Todes.[1] Wenn alſo ein peregrinus oder ein filiusfamilias ein Teſtament gemacht hat, ſo bleibt daſſelbe ungültig, wenn auch zur Zeit des Todes der peregrinus zur Civität gelangt, oder der filiusfamilias bereits emancipirt iſt.

Aus unſerer Theorie des Teſtaments entwickeln ſich dieſe Folgerungen von ſelbſt und mit Nothwendigkeit; denn da nach uns die Thätigkeit des Teſtators *ſowol* zur Zeit des Teſtaments *als* zur Zeit der Confirmation (des Todes) eine *juriſtiſche* Thätigkeit iſt, ſo iſt ſelbſtredend auch zu *beiden* Zeiten diejenige *juriſtiſche Fähigkeit* zu derſelben bei ihm erforderlich, welche das *zur Zeit des Todes* geltende Geſetz für letztwillige Verfügungen als nothwendig anerkennt. Sonſt liegt entweder — wenn die Fähigkeit zur Zeit der Teſtamentserrichtung fehlt — gar kein Product eines in dieſer Hinſicht *Willensfähigen* vor, und die Confirmationsthätigkeit zur Zeit des Todes findet daher *gar nichts vor*, was ſie beſtätigen *könnte*, oder — wenn die Fähigkeit zur Zeit des Todes fehlt — ſo iſt der Teſtator zur Confirmation nicht befugt und das Teſtament iſt deshalb unwirkſam. Und, was wohl beachtet werden muß, *beidemal* iſt der Mangel des Teſtaments ein ſolcher, welcher vom *Standpunkt des gegenwärtig geltenden Geſetzes ſelbſt ſtattfindet*.

Auch Savigny, a. a. O., S. 451 fg., ſtimmt damit überein, daß testamentifactio und Vermögensfähigkeit in beiden Zeitpunkten vorhanden ſein müſſen. Allein er nimmt dies nur aus der römiſchen Lehre thatſächlich auf, ohne es irgendwie aus ſeiner Theorie des Teſtaments ableiten oder auch nur irgendwie mit ihr *vereinbaren* zu können. Vielmehr ſteht ſeine Theorie damit im beſtimmteſten Widerſpruch, den es wichtig iſt, hervorzuheben. Wenn nämlich die Thätigkeit des Teſtators zur Zeit der Teſtamentserrichtung eine *rein factiſche* Thätigkeit iſt, wie nach Savigny der Fall, ſo wird ſich *niemals* abſehen laſſen, warum ſchon zur Zeit dieſer blos factiſchen Thätigkeit die erſt der juriſtiſchen Thätigkeit entſprechenden *juriſtiſchen Qualitäten* der testamentifactio und Vermögensfähigkeit erforderlich ſein ſollen. Beide müßten vielmehr dann lediglich zur Zeit des Todes nöthig ſein. Savigny kommt daher hierbei in eine ſolche Verlegenheit, daß er, ſtatt die Nothwendigkeit jener beiden Bedingungen für beide Zeitpunkte aus ſeiner Auffaſſung des Teſtaments zu entwickeln, vielmehr nur ſagt (S. 453): „Dieſe beiden

[1] Vgl. Ulpian, L. 1, §. 8, de b. p. sec. tab. (37, 11): Exigit Praetor, ut is cujus bonorum possessio datur utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum moritur. L. 6, §. 12, de injusto (28, 3). Ulpian, Fragm., XXIII, §. 6. Gajus, II, §. 147.

Bedingungen der Testamentsfähigkeit (testamentifactio und Vermögensfähigkeit) kommen darin überein, daß sie gleich nöthig sind für beide Zeitpunkte, die Zeit des Testaments und Zeit des Todes, welches soviel sagen will, als daß dieselben sowol zur factischen als zur juristischen Thätigkeit im Testament gerechnet werden müssen!" Also weil diese rechtlichen Fähigkeiten auch zur Zeit des Testaments vorhanden sein müssen — was Savigny, der es theoretisch beweisen sollte, nur als einen gegebenen festen Punkt aus der römischen Lehre aufnimmt —, macht er den ungeheuern logischen Sprung, daß sie deswegen zur factischen Thätigkeit im Testament gehören, während es umgekehrt seine Aufgabe gewesen wäre, zu zeigen, daß, weil sie zur factischen Thätigkeit gehören, sie deshalb in beiden Momenten dasein müssen. Aber dieser salto mortale zeigt blos, wie absolut die logische Unmöglichkeit ist, rechtliche Fähigkeiten zur factischen Thätigkeit im Testament rechnen zu wollen.

b. bei geändertem Gesetz unter gleichbleibenden factischen Verhältnissen.

Wenn Savigny das Princip für die factische Veränderung in den Rechtsverhältnissen des Testators der römischen Lehre entlehnt, ohne es irgend mit seiner Testamentstheorie in Verbindung bringen zu können, so verfällt er nun weiter — und mit ihm die andern Autoren[1] — in den großen Irrthum, die durch einen Gesetzwechsel geänderte Fähigkeit des Testators ganz ebenso behandeln zu wollen, als die durch einen Wechsel in den factischen Verhältnissen geänderte. Auf derselben Seite (S. 461) warnt zwar Savigny selbst, nur mit „Vorsicht und Unterscheidung" Gebrauch zu machen von der Analogie der Regeln bei der

[1] Ebenso die Franzosen, siehe z. B. Chabot, II, 438 fg.; Merlin, Rép. de Jurisprud. v° Effet rétroact., Sect. 3, §. 5, No. 3, p. 590, und v° Testament, Sect. 1, §. 6. — Nur Meyer, Principes sur les questions transitoires, trifft hierin das Richtige. Sein Beweis aber ist schlechter als gar keiner. Denn einerseits sucht er nur in höchst oberflächlicher Weise die regula Catoniana zu widerlegen, die aber hier überhaupt gar nicht in Betracht kommt; andererseits stützt er sich, als auf seinen positiven Beweis, auf die Bestimmungen über das Testamentum militare, die aber, wie schon Merlin am zuerst angeführten Orte gezeigt hat, durchaus das nicht sagen, was Meyer sie sagen läßt, und endlich ruft er ein Urtheil des pariser Cassationshofs vom 28. Germinal XI und des turiner Appellhofs vom 7. Juni 1809 für sich an, zwei Urtheile, die ihm ebenso wenig zur Seite stehen, da das erste nur den Umfang der disponibeln Vermögensquote und das zweite nur die Indignität des Legatars lediglich von den Gesetzen zur Todeszeit abhängen lassen; Punkte, über welche in der heutigen Jurisprudenz gar kein Streit ist und die nichts mit der Testamentsfähigkeit des Testators zu thun haben.

factischen Veränderung für die rechtliche Veränderung. Gleichwol unterscheidet er daselbst gar nicht zwischen beiden Arten der Veränderung, versucht aber auch ebenso wenig zu zeigen, warum etwa die durch factische Umstände und die durch Gesetzwechsel hervorgebrachte Veränderung in der Testamentsfähigkeit von derselben juristischen Natur und Wirkung sein soll, sondern stellt (S. 461 fg.) nur eben die ganz unvermittelte Behauptung hin, daß es sich hierbei in dem einen Falle verhalten müsse, wie in dem andern. Nach ihm soll also ein von einem peregrinus gemachtes Testament, wenn auch während seines Lebens durch ein Gesetz allen Peregrinen die Testamentsfähigkeit zuerkannt wird, ebenso ungültig bleiben, wie es z. B. das Testament des Deportirten bleibt, wenn dieser auch später die Civität wieder zurückerlangt, oder des filiusfamilias, wenn dieser vor seinem Tode emancipirt worden.

Was uns betrifft, so haben wir in §. 10 (s. S. 262—282) in systematischer Weise den gedankenmäßigen und juristischen Unterschied zwischen der factischen und der durch Gesetzwechsel eintretenden Veränderung entwickelt und bewiesen, und kann nach unsern dortigen Ausführungen die Convalescenz des Testaments bei einer durch Gesetzwechsel während des Lebens des Testators eingetretenen Testamentsfähigkeit desselben keinem Zweifel mehr unterliegen. Hierauf muß also hier zurückverwiesen werden. Inzwischen läßt sich — so wenig jene Rückverweisung, in der das Nachfolgende erst seine systematische und umfassende Grundlage gewinnt, dadurch überflüssig wird — dieser Nachweis auch hier unter näherer Bezugnahme auf die Natur des Testaments in Kürze erbringen.

Der Unterschied nämlich, der durch factische Aenderung in den Verhältnissen des Individuums bei identischem Gesetz und der durch neue Gesetze eingetretenen Testamentsfähigkeit, liegt auf der Hand. Im Falle der factischen Aenderung ist die Unfähigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung eine solche, die auch noch von dem jetzt — zur Todeszeit geltenden Gesetz anerkannt wird. Wird also auf das bestimmte Testament als Product gesehen, so liegt ein solches vor, welches von jemand (einem Deportirten, einem filiusfamilias) errichtet worden ist, der auch noch nach dem jetzigen Gesetz zu dieser Handlung unfähig sein würde. Ist dagegen die Testamentsfähigkeit unter gleichbleibenden factischen Umständen durch Gesetzeswechsel eingetreten, so kann nicht mehr gesagt werden, daß das Testament von jemand errichtet worden, der auch nach dem jetzigen Gesetz zu dieser Handlung unfähig sein würde, und dessen Unfähigkeit also auch noch vom Standpunkt des heutigen Gesetzes anerkannt wird.

Der diametrale Gegensatz, der sich in diesem Unterschied aufthut, wird nicht geleugnet werden können. Nun dennoch bei dem unter dem

heutigen Gesetze vom Testator hinterlassenen Testamente eine Unfähigkeit des Testators auf Grund des aufgehobenen Gesetzes, und trotz des sie nicht mehr anerkennenden heutigen Gesetzes, annehmen wollen, wäre, wie sich bald zeigen wird, nichts anderes als das Entgegengesetzte der Rückwirkung, d. h. nicht Nichtrückwirkung, sondern ein Hineinschleifen und Fortsetzen des untergegangenen Gesetzes in das Herrschgebiet des gegenwärtigen und ihm entgegenstehenden, und somit eine Verleugnung des letztern.

Wenn man nämlich näher auf die Natur des Testaments eingeht, so zeigt sich, daß die sehr richtige römische Lehre über die factische Veränderung der Testamentsfähigkeit — also die Forderung der Testamentsfähigkeit zu beiden Zeiten, zur Zeit des Testirens und zur Zeit des Todes — auf folgendem guten Grunde beruht: Zur Zeit, wo der Testator testirte, konnte er — bei mangelnder Fähigkeit — nicht wollen, und wollte also deshalb nicht; denn es ist sogar tautologisch, daß jemand, der nicht wollen kann, eben auch nicht will. Zur Zeit, wo der Testator starb, konnte er wollen, wollte aber nichts. Da also der Testator das eine mal nicht wollen konnte, das andere mal nicht wollte, so liegt gar keine Willensverfügung vor. Die confirmatorische Thätigkeit zur Zeit des Todes findet nach den zu dieser Zeit selbst geltenden Gesetzen kein Product eines gültigen Willens vor, das sie bestätigen könnte.

Wenn aber der Testator, statt durch factische Veränderung, durch ein neues Gesetz die Testamentsfähigkeit erhalten hat, so ist die Lage folgende:

Das jetzt geltende Gesetz erkennt die Unfähigkeit eines solchen Testators oder die Ungültigkeit des von einem solchen errichteten Testaments nicht mehr an. Indem es vielmehr denselben unter Aufhebung der frühern Prohibition als einen Willens- und Testamentsfähigen anerkennt, erkennt es ihn zugleich als einen solchen an, der, nach dem jetzt vorhandenen allgemeinen Rechtsbewußtsein des Volks, als seit je an sich willens- resp. testamentsfähig anzuschauen sei (s. oben S. 263—264), während dies in keiner Weise bei dem begnadigten deportatus oder dem emancipirten filiusfamilias eintritt, denen die Testaments- resp. Vermögensfähigkeit nur wird, ohne daß diese factischen Ereignisse im geringsten die Bedeutung haben, daß ihnen diese Fähigkeit schon früher an sich ingewohnt habe und blos zur Anerkennung gekommen sei. Aber wenn im Falle der gesetzlichen Aenderung das jetzige Rechtsbewußtsein des allgemeinen Geistes den Testator auch als einen an sich von jeher testamentsfähigen anschaut, so weiß es doch festzuhalten, daß die Wirklichkeit das Reich des geltenden Rechts, nicht des Ansich ist, und daß jene an sich vorhandene Testamentsfähigkeit des Testators oder die

an sich vorhandene Gültigkeit seines Testaments erst mit dem Eintritt des neuen Gesetzes wirklich geworden ist, und somit erst von da ab an ihnen hervortritt.

Das jetzige Rechtsbewußtsein weiß also auch das untergegangene Recht zu respectiren und — denn dies ist der wahre Sinn der Nichtrückwirkung — dem Einflusse desselben als des damals Wirklichen die Wirkungen zu überlassen, die während der Zeit seiner Herrschaft eingetreten sind. Solche Wirkungen kann aber das Testament seiner Natur nach gar nicht haben, da es erst zur Todeszeit in Wirksamkeit tritt. In Bezug aber auf das von der Zeit des neuen Gesetzes ab Eintretende, so haben wir oben gesehen und an den gesetzlichen Bestimmungen über Eherecht, Legitimität der Kinder u. s. w., näher belegt, wie sich eben dadurch der Rechtswechsel von dem factischen Wechsel unterscheidet, daß die Gültigkeit der Willenshandlung, die von dem jetzigen, die frühern Prohibitionen tilgenden Gesetz als eine von jeher an sich vorhandene angeschaut wird, sogar bei schon früher begonnenen Rechtsverhältnissen, *ab nunc* (d. h. in Bezug auf die erst von jetzt ab entstehenden Wirkungen) an ihnen hervortritt. Denn eben von jetzt ab ist jenes Ansich durch den neuen Inhalt des Rechtsbewußtseins zur Anerkennung und somit zur rechtlichen Wirklichkeit gelangt. Um so mehr wird dies also bei dem Testamente der Fall sein müssen, als einem Acte, der von Haus aus dazu bestimmt ist, bis dahin unverbindlich und stets widerruflich, erst zur Zeit des Todes rechtliche Wirklichkeit zu empfangen. Die Testamentsfähigkeit des Testators und die Gültigkeit des Testaments wird also nach dem neuen Gesetz, in Bezug auf die erst nach seinem Erscheinen durch den Tod der Testoren in rechtliche Wirklichkeit getretenen Testamente, unmöglich verkannt werden können.

Käme es uns nur darauf an, einen hinreichenden juristischen Beweis für unsere Behauptung zu liefern, während es uns überall am meisten darauf ankommt, von der causa sufficiens zu der causa finalis aufzusteigen, um so den Zusammenhang einer blos juristischen Wahrheit mit den innersten Gesetzen des Geistes darzulegen, so würden wir uns weit kürzer haben fassen können! Wir würden dann nämlich unter Bezugnahme auf unsere Theorie des Testaments blos haben zu sagen brauchen:

Ob eine Willensdisposition fähig ist, durch eine Confirmation juristische Wirksamkeit und Gültigkeit zu erhalten, ist eine Frage, zu deren Bejahung es lediglich auf die Gesetze zur Zeit der Confirmation (also des Todes) ankommen kann.

Dieser juristische Beweis ist hinreichend und unwiderleglich. Seine causa finalis, sein letztes Verständniß und seinen innern Zusammenhang mit den Gesetzen des Geistes, findet derselbe und das durch ihn bewiesene

Resultat erst in dem Obigen, verbunden mit der ausführlichern in §. 10 gegebenen Entwickelung.

Wir haben also gesehen, daß es beim Gesetzwechsel — zum Unterschied von der factischen Veränderung — für die Testamentsfähigkeit immer nur auf das Gesetz zur Zeit des Todes ankommt. Wenn jetzt gefragt wird, ob nicht irgendwo im juristischen Pantheon eine positive Anerkennung des von uns gewonnenen Resultats zu finden sei, so wollen wir uns auf keine Untersuchung darüber einlassen, ob in der zur regula Catoniana[1] von Ulpian gethanen Aeußerung: „Regula Catoniana ad *novas leges* non pertinet", eine Bestätigung unserer Theorie über den Unterschied des factischen und des Gesetzeswechsels zu erblicken sei, oder ob dies „novas leges" nur auf die Caducitätenbestimmungen der L. Julia und L. Papia Poppaea zu beziehen sei.[2]

Eine glänzende Anerkennung aber findet jedenfalls unsere Theorie in den §§. 11—13, Tit. 12, Thl. 1, des Allg. Landrechts, welche also lauten:

§. 11. Die Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Erblassers muß nach dem Zeitpunkt, wo er seinen letzten Willen errichtet hat, beurtheilt werden.

§. 12. War zu dieser Zeit der Erblasser wegen eines natürlichen Mangels seinen letzten Willen zu erklären unfähig, so bleibt die Verordnung ungültig, wenn auch der Mangel in der Folge gehoben wird.

(Hier ist also eine factische Beseitigung des Mangels gemeint.)

§. 13. Stand ihm aber nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezieht, dabei entgegen, so wird die Verordnung gültig, wenn das Hinderniß in der Folge hinweggefallen ist.

Hier ist also die Beseitigung einer auf Rechtsgründen beruhenden Unfähigkeit gemeint. Es ist also die oben entwickelte Theorie, welche dem Landrecht offenbar vorschwebt. Nur daß ihm dieselbe nicht zu voller, bewußter Klarheit gekommen, und deshalb eine Verschiebung und ein Misverständniß seiner selbst im Landrecht dabei eintritt. Die factische

[1] L. I de regula Catoniana (34, 7): Catoniana regula sic definit quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere; quae definitio — fügt Celsus hinzu — in quibusdam falsa est. Uebrigens bezieht sich die Catonianische Regel nicht auf Erbschaften; s. Papinian, L. 3 eod. tit.

[2] Vgl. Cujacius, Observ., lib. 14, th. 4; Gothofredus ad L. 5 de reg. Caton.; Pothier, Pandect., lib. 34, tit. 7, art. 2, not. c; Voët. ad Dig., Tit. de reg. Caton., No. 1.

Beseitigung des Mangels verschiebt sich ihm nämlich im §. 12 in die Beseitigung eines natürlichen Mangels, eine Verwechselung, die dadurch nahe lag, daß in der That der natürliche Mangel der Testamentsfähigkeit entweder immer nur auf factische Weise beseitigt werden kann — wie z. B. der Wahnsinn — oder doch meistens durch factische Veränderung beseitigt wird, wie z. B. das mangelnde Alter. So identificirt sich dem Landrecht die factische Beseitigung der Unfähigkeit und die Beseitigung natürlicher Unfähigkeiten, und während der Gedanke an jene das eigentlich treibende Moment seiner Bestimmungen ist, spricht es von dieser.[1] Die Folge davon ist nun die positive Unrichtigkeit, daß nur die rechtliche Aufhebung eines solchen Prohibitivgesetzes, „welches sich nicht auf einen Mangel der **natürlichen** Fähigkeiten zur Willenserklärung bezieht", die Gültigkeit des Testaments hervorbringen soll. Allein auch die auf einem Mangel natürlicher Fähigkeiten beruhende Testamentsunfähigkeit kann durch Gesetzwechsel beseitigt werden, wie dies zwar nicht wohl beim Wahnsinn, aber z. B. bei Stummen[2] eintreten kann, welche nach älterm Römischen Recht testamentsunfähig waren, durch Justinian aber diese Fähigkeit erhielten[3], und wie dies viel häufiger in Bezug auf das Alter eintritt, welches die Gesetze zur Testamentsfähigkeit erfordern. Heben neue Gesetze solche Unfähigkeiten auf, so ist, obgleich dieselben auf natürlichen Eigenschaften beruhten, ihre Beseitigung nicht auf factische Weise, sondern immerhin durch Aufhebung eines „positiven Verbotsgesetzes" eingetreten. Ja noch mehr! Unter der Herrschaft der neuen Gesetze, welche z. B. das zur Testamentsmündigkeit erforderliche Alter verringern, kann man, streng gesprochen, nicht einmal mehr sagen, die frühere Unfähigkeit beruhe auf einem natürlichen Mangel. Denn da das jetzige Rechtsbewußtsein die Testamentsunfähigkeit bei diesem bestimmten Alter nicht mehr anerkennt, so läßt sich jetzt eben nicht mehr festhalten, daß dies Alter einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zu dieser Willenserklärung in sich schließe, da ihm jetzt diese natürliche Fähigkeit ja vielmehr eingeräumt wird. Der frühere natürliche Mangel stellt sich also jetzt als ein damals nur vom Gesetz verhängter, somit ganz wie ein nur auf Rechtsgründen beruhender Mangel dar, und kann deshalb auch in diesem Falle gar nichts anderes eintreten, als bei der Beseitigung positiver, rechtliche Unfähigkeit begrün-

---

[1] Als wenn nicht auch bei dem Mangel einer blos rechtlichen Fähigkeit das Testament ungültig bliebe, wenn dieser Mangel dann auf nur factischem Wege beseitigt wird. Dies würde jedoch immer noch nach dem Landrecht als Folge von §. 11 daselbst der Fall sein.

[2] An diese konnte hier das Allg. Landrecht freilich nicht denken, da es in §. 26 daselbst (Thl. XII, Thl. I) Tauben wie Stummen testamentifactio einräumt.

[3] L. 10 C. qui test. poss. (6, 22).

dender Verbotsgesetze überhaupt. Das Landrecht verfehlt dies blos, weil ihm vorzugsweise häufig das Schicksal zustößt, das wir so oft an ihm wie an den Autoren nachgewiesen haben, unter der Einwirkung großer und richtiger Gedanken zu stehen, die aber, weil sie nicht zur letzten Sich-selbstdurchsichtigkeit fortgebildet sind, in ihrer Verwirklichung in Ungleichheit mit sich selbst gerathen.[1]

Endlich ist hier noch der Ort, hervorzuheben, wie erst bei unserer Testamentstheorie, nach welcher das Testament statt ein bis in die Todeszeit sich hineinschleifender und daselbst erst sich beendigender Act zu sein, vielmehr ein für sich fertiger und abgeschlossener Act mit einer als zur Todeszeit eintretend gedachten, ebenso abgeschlossenen Confirmation ist, sich die völlige Einflußlosigkeit aller Mittelzeiten in factischer wie rechtlicher Hinsicht und somit die innere Nothwendigkeit der Römischen Regel: Media tempora non nocent, wahrhaft begreift, und es sich daher keineswegs so verhält, wie Savigny (S. 453) bei seiner Theorie des Testaments freilich annehmen muß, daß die Fortdauer der Fähigkeit in der „ganzen Zwischenzeit" eine „Consequenz strenger Theorie" bilde, welche nur als dem „praktischen Bedürfniß nicht entsprechend" beseitigt worden sei.

D. Persönliche Fähigkeit des Testators in Bezug auf seine physischen Eigenschaften.

Wir haben diesen Punkt bereits soeben berührt, müssen ihn gleichwol aber noch näher entwickeln, sowol wegen der großen Verwirrung,

[1] Unrichtig aber, und ganz den Geist der angezogenen Paragraphen des Allg. Landrechts verfehlend, ist die Consequenz, die Bornemann (a. a. O., S. 47) aus ihnen entwickeln will, nämlich, daß nach dem Landrecht ein Testament, bei dessen Errichtung dem Testator keine gesetzliche Beschränkung (aus Rechtsgründen) entgegenstand, auch unter einer Gesetzgebung gültig bleibt, welche dergleichen den Testator treffende Einschränkungen einführt, weil — nach jenen Paragraphen das Testament, welches wegen einer solchen zur Zeit der Errichtung bestehenden Beschränkung ungültig sein würde, mit der Einführung eines die Beschränkung aufhebenden Gesetzes gültig wird; daß es also für das Landrecht immer hinreiche, wenn dem Testator nur zu einer der beiden Zeiten, zur Zeit des Testaments oder des Todes, testamentifactio zustand!! Diese Irrlehre liegt aber dem Landrecht gänzlich fern. Dasselbe stellt jedenfalls vielmehr nur die Lehre auf, daß es (§. 11 und 12) bei blos thatsächlicher Veränderung nur auf die Zeit des Testaments, und bei blos rechtlicher Veränderung durch Beseitigung eines sich nicht auf natürliche Fähigkeiten beziehenden Verbotsgesetzes nur auf die Zeit des Todes ankomme. Gerade deswegen müßte es auch nach dem Allg. Landrecht bei der rechtlichen Veränderung, welche in Einführung eines sich nicht auf natürliche Fähigkeiten beziehenden Verbotsgesetzes besteht, ebenso nur auf die Zeit des Todes ankommen, was ganz mit der richtigen Theorie stimmt.

welche die Autoren durch die Nichtunterscheidung des nur scheinbar Identischen, in der That aber ganz Entgegengesetzten dabei anrichten, als um den Zusammenhang desselben mit unserer Testamentstheorie aufzuzeigen. Wir haben zunächst wieder zu unterscheiden: factische und rechtliche Veränderung der Fähigkeit.

a. Factische Veränderung.

Die heute geltenden physischen Ursachen der Testamentsunfähigkeit sind: Wahnsinn und mangelndes Alter (Testamentsunmündigkeit). Beim Wahnsinn kann die factische Veränderung nach beiden Seiten hin eintreten. Ein Wahnsinniger kann ein Testament errichten und zur Zeit des Todes seines Verstandes mächtig sein. Und umgekehrt kann ein Vernünftiger testiren und zur Zeit des Todes wahnsinnig sein. Bei der Testamentsunmündigkeit dagegen ist die factische Veränderung nur nach einer Seite hin möglich. Ein Testamentsunmündiger kann testiren und zur Zeit des Todes das testamentsfähige Alter bereits erreicht haben. Dagegen ist es natürlich nicht möglich, daß ein Testator, der das erforderliche Alter bereits erreicht hat, auf anderm Wege als durch Gesetzeswechsel die Altersfähigkeit zum Testament wieder verliert.

In diesen stets unbeachtet gelassenen Unterschieden liegt gleichfalls eine Quelle der Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung, die sich uns für beide Arten der Unfähigkeit ergeben wird.

Wenn nun der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung wahnsinnig oder noch nicht im Besitz des erforderlichen Alters gewesen ist, zur Zeit des Todes aber unter demselben Gesetze das nöthige Alter oder seine Vernunft erlangt hat, so treten — denn insoweit laufen beide Unfähigkeiten vollständig miteinander parallel — folgende Consequenzen aus der oben entwickelten Natur des Testaments ein:

Wahnsinn und mangelndes Alter sind, als physische Eigenschaften, zur factischen Willensthätigkeit des Testators gehörig. Ohne Vernunft, sei es nun, daß dieselbe wegen Geisteskrankheit oder wegen überhaupt noch nicht eingetretener geistiger Entwickelung, also wegen mangelnden Alters fehlt, liegt gar kein Dasein eines wahrhaften Willens vor. Ist ein solcher Wille gar nicht da, so findet auch die confirmatorische Thätigkeit zur Zeit des Todes gar nichts vor, was bestätigt werden könnte, und es tritt also hier ganz dasselbe ein, was wir oben (S. 402, 406) bereits gesehen haben: als der Testator wollte, konnte er nicht wollen; oder vielmehr, er wollte ebendeshalb auch gar nicht, sondern es wurde nur ohne den erforderlichen wahren Willen äußerlich etwas hingeschrieben. Und zur Zeit als der Testator wollen konnte, wollte er nichts. Denn die Confirmation, obgleich sie, wie wir gesehen

haben (S. 398 fg.), gleichfalls das Moment der thatsächlichen Nichtveränderung des Willens enthält, enthält ebendeshalb keinen näher bestimmten und specialisirten Willen, sondern setzt einen solchen bereits anderwärts ausgedrückten voraus, dem sie nur Bestätigung verleiht.

Es zeigt sich somit, daß die zur Zeit des Testaments vorhandene Unfähigkeit aus physischen Gründen durch factische Beseitigung derselben zur Zeit des Todes nicht geheilt wird.

Wenn umgekehrt der Testator zur Zeit des Testaments vernünftig war und später durch factische Veränderung, wofür, wie bereits bemerkt, bei der Mündigkeit keine Parallele möglich ist, in Wahnsinn verfällt, so ergibt sich aus der Natur des Testaments Folgendes: Es liegt ein gültiges Testament eines Willensfähigen vor. Dieser Act ist für sich fertig und vollendet. Nur bedarf er noch einer Confirmation.

Diese besteht aber, wie wir oben gesehen, in einer Nichtveränderung des Willens bis zum Tode. Ein solches Nichtanderswollen liegt aber hier vor. Denn solange der Testator bei gesunder Vernunft war, hat er den Willen nicht verändert, und von der Zeit des Wahnsinns ab, resp. beim Tode, ist so wenig ein Anderswollen vorhanden, daß der Testator vielmehr jetzt nicht einmal anders wollen konnte. Es liegt somit auch zur Zeit des Todes ein Nichtanderswollen nicht vor, und die Bedingung der factischen Nichtveränderung des Willens, an welche das Testament gebunden bleibt, ist daher erfüllt. Die juristische Seite der Confirmation zur Zeit des Todes steht aber vollends nicht in Frage, da die Unfähigkeit des Wahnsinnigen keine juristische, sondern eine blos thatsächliche, auf physischen Eigenschaften beruhende ist, oder mit andern Worten: nicht das Gesetz als solches ihn hindert, seinen Willen geltend zu machen, das Hinderniß vielmehr nur darin besteht, daß er keinen Willen hat, und, hätte er einen solchen, ihm jede Dispositionsbefugniß über sein Vermögen zustehen würde.[1] Insofern also ein wahrhafter und nicht geänderter Wille des Wahnsinnigen vorliegt, wie dies bei dem aus der Zeit geistiger Gesundheit herrührenden Testament der Fall, ist die juristische Fähigkeit zur Confirmation zur Zeit des Todes außer allem Zweifel.

Es leitet sich also aus der rechtlichen Natur des Testaments die mit dem Römischen Recht[2] vollkommen übereinstimmende Lehre ab, daß es bei factischen Veränderungen der in physischen Eigenschaften beruhenden Fähigkeiten lediglich auf die Fähigkeit zur Zeit

[1] Diese rein factische, nicht juristische Natur der Unfähigkeit aus Wahnsinn tritt besonders deutlich in der Fähigkeit des Wahnsinnigen hervor, in den lucidis intervallis zu testiren.

[2] Siehe die Stellen in Anm. 1 zu S. 403.

der Testamentserrichtung, niemals auf diejenige zur Zeit des Todes ankommen kann.

b. Rechtsveränderung.

Wie die einmal vorhandene Testamentsmündigkeit nicht durch factische Veränderung in Unfähigkeit übergehen kann, so kann beim Wahnsinn keine Veränderung der Unfähigkeit in Fähigkeit oder umgekehrt durch Rechtswechsel eintreten, da es keine Gesetzgebung geben wird, welche Handlungsfähigkeit beim Wahnsinn annehmen würde, und die Differenz der Gesetzgebungen hier also nur Nebenpunkte betreffen könnte. Hier also beschränkt sich die Untersuchung auf die an das natürliche Alter geknüpfte Testamentsmündigkeit In Bezug auf diese kann die rechtliche Veränderung nach beiden Seiten hin eintreten.

Es kann der testamentsmündige Testator durch Gesetzwechsel unfähig werden. Es kann umgekehrt der Testator zur Zeit des Testaments nach dem damaligen Gesetze unfähig gewesen sein, während er nach dem zur Zeit des Todes geltenden Gesetze die Testamentsmündigkeit schon zur Zeit des Actes besessen haben würde.

Nach Gemeinem Recht tritt die Testamentsmündigkeit für Weiber mit dem vollendeten zwölften, für Männer mit dem vollendeten vierzehnten Jahre ein, nach französischem Recht, ohne Unterschied des Geschlechts, mit dem vollendeten sechzehnten, nach preußischem Recht mit dem vollendeten vierzehnten Jahre.

Wenn also ein Mädchen von 13 Jahren unter der Herrschaft des preußischen Rechts ein Testament macht und bald darauf das Gemeine Recht eingeführt wird, so fragt es sich, ob das Testament, wenn das Mädchen jetzt stirbt, gültig ist. Savigny (a. a. O., S. 463), Bornemann (a. a. O., S. 15) und die Autoren im allgemeinen verneinen diese Frage unbedingt. Wir haben aber bereits oben S. 320 gesehen, daß den Grundsätzen zufolge ebenso unbedingt vielmehr das Gegentheil angenommen werden muß.

Man hat sich hierbei immer von der Analogie leiten lassen, daß durch das unter identischem Gesetz später eintretende Alter der Testamentsmündigkeit das frühere Testament nicht gültig wird. Allein der Unterschied ist wieder der diametrale, daß bei dieser blos factischen Veränderung auch das jetzige Gesetz in dem Alter des Testators zur Zeit des Testaments ein die Elemente einer Willenserklärung, Vernunft und Ueberlegung ausschließendes erblickt und durch das Aelterwerden des Testators der Charakter des Testaments, kein Willensproduct zu sein, gar nicht berührt wird. In dem gegenwärtigen Falle aber erkennt umgekehrt das jetzige Gesetz an dem Testator zur Zeit des Testaments ein willensfähiges und hinreichend vernunftreifes an, und

kann somit, ohne mit seinem eigenen gesetzlichen Inhalt in Widerspruch zu treten, das jetzt erst hinterlassene und durch den Tod mit rechtlicher Wirksamkeit bekleidete Product nicht als ein solches behandeln, das Ausfluß einer willenslosen Thätigkeit sei.[1] Ebenso wenig würde hieran der Einwurf etwas ändern, daß sich das Verbotsgesetz zur Zeit der Errichtung nur auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit bezog. Wir haben vielmehr schon S. 409 bei der Kritik des Allg. Landrechts gezeigt, daß, strenggenommen, nachdem das neue Gesetz da ist, auch dies nicht einmal zugegeben werden kann, daß der Mangel zur Zeit der Errichtung ein Mangel der natürlichen Fähigkeit war. Denn da das jetzige Gesetz in jenem bestimmten Alter und Geschlecht keinen solchen natürlichen Mangel mehr anerkennt, erscheint jetzt auch der damals vorhandene Mangel der Fähigkeit nicht ein natürlicher, sondern nur ein durch das damalige Civilrecht eingeführter gewesen zu sein, dessen Inhalt als solcher für heute nicht mehr verbindlich ist. Es gilt hier also alles das, was oben über die Veränderung der juristischen testamentifactio gesagt worden ist. Soll endlich der aus der rechtlichen Natur des Testaments folgende Beweis kurz zusammengefaßt werden, so ergibt er sich aus folgenden zwei Sätzen, gegen die nicht einmal der Versuch eines Widerspruchs wird gemacht werden können. Das Testament ist eine an die Bedingung einer spätern, im Nichtwiderruf bis zum Tode bestehenden Bestätigung gebundene Willenserklärung. Und ob eine an die Bedingung einer spätern Bestätigung gebundene Willenserklärung hinreichend die Elemente eines wahrhaften Willens in sich enthalte, um durch die Bestätigung juristische Wirksamkeit erlangen zu können, ist eine Frage, die lediglich nach den zur Zeit

[1] Man muß sich hüten, dieses Resultat etwa durch Fictionen, wie die folgende, beweisen zu wollen: Dadurch, daß der Testator erst unter der ihm von dem neuen Gesetze eingeräumten Willensfähigkeit gestorben sei, sei er so anzusehen, als habe er seitdem das Testament von neuem gemacht. Solche Fictionen zeigen in der Regel immer nur den Ausdruck eines Mangels an scharfem Denken, das sie und ihre Irrthümer vermeiden würde. Soweit diese Fiction Richtiges enthält, ist sie nur eine factische Einkleidung und Verdunkelung des oben in principieller Schärfe Entwickelten. Die Fiction selbst ist aber gar nicht richtig, da sie den Unterschied des Richtigen und Unrichtigen nicht in sich enthält. Wäre sie richtig, so müßte sie nothwendig auch da eintreten, wenn das Testament zwar in einem auch noch nach dem neuen Gesetz unfähigen Alter errichtet, der Testator aber erst später in testamentsmündiger Zeit gestorben wäre, d. h. sie müßte überhaupt da eintreten, wo auch durch blos factische Veränderung unter identischem Gesetz der zur Zeit des Testaments unfähige Testator erst im Alter der erlangten Testamentsmündigkeit starb, und das Testament müßte also auch in diesen Fällen als fictiv neu gemacht gültig sein, was ganz falsch wäre.

der Bestätigung bestehenden Gesetzen über die für das Dasein eines gültigen Willens erforderlichen Elemente zu entscheiden ist.

Hiermit ist also zugleich auch schon die Entscheidung für den umgekehrten Fall gegeben, wenn ein dreizehnjähriges Mädchen unter Gemeinem Rechte ein Testament gemacht hat und unter preußischem Rechte vor vollendetem vierzehnten Jahre oder unter französischem Rechte vor vollendetem sechzehnten Jahre stirbt. Das Testament ist dann ungültig. Gleichwol entscheiden die Autoren ganz bestimmt das Gegentheil.[1] Aber die vollständige Falschheit dieser Entscheidung ist schon durch die beiden letzten Beweissätze nachgewiesen. Man kann sich nicht darauf berufen, daß ja auch bei dem Wahnsinnigen, der es zur Zeit des Testaments nicht war, nicht auf die Zeit des Todes, sondern nur auf die des Testaments gesehen werde, und es sich doch hier wie beim Unmündigen nur um physische Eigenschaften handele. Nichts ist täuschender als diese Scheinanalogie! Von dem Wahnsinnigen erkennt ja das Gesetz auch noch zur Zeit des Todes an, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung gesund und willensfähig gewesen sei. Es kann somit unmöglich, wie wir oben näher gesehen haben (S. 412 fg.), der in einem von ihm, dem Gesetze, als willensfähig anerkannten Zustand geäußerten und unwiderrufenen letztwilligen Verfügung die Wirksamkeit versagen.

Ganz anders bei dem durch ein späteres Gesetz testamentsunmündig Gewordenen.

Hier erkennt das jetzige Gesetz auch zur Zeit der Testamentserrichtung die natürliche Willensfähigkeit nicht als vorhanden an, und müßte sie in rechtlicher Hinsicht nur in Bezug auf solche individuelle Acte und Handlungen anerkennen, die auch schon unter der Herrschaft des damaligen, anders denkenden Gesetzes in juristische Existenz getreten sind. Dies ist aber bei dem an die Bedingung des Widerrufs gebunden bleibenden Testamente erst zur Todeszeit der Fall. Oder umgekehrt die Sache von ihrer andern Seite betrachtet: der Wahnsinnige ist durch einen rein factischen Vorgang, an dem kein Gesetz theilgenommen hat, willensunfähig geworden. Im Unterschiede aber von dem frühern Gesetze, welches die natürliche Willensfähigkeit zum Testament schon in dem Alter von 13 Jahren erblickte, muß das jetzige Gesetz, welches sie erst in einem Alter von 16 Jahren erblickt, schon durch diesen Vergleich einsehen, daß die Willensunfähigkeit vor dem vollendeten sechzehnten Jahre gar nicht mehr blos eine natürliche, sondern vor allem auch eine durch das Civilrecht eingeführte Unfähigkeit *jure civili* ist. Mit andern Worten: Wenn der allgemeine Gedanke,

[1] Vgl. Savigny, a. a. O.; Bornemann, a. a. O., u. A.

daß Willensfähigkeit vor einem gewissen Alter und der dadurch bedingten Vernunftreife nicht vorhanden sei, eine natürliche Wahrheit und einen Mangel natürlicher Fähigkeit zu seinem Inhalt hat, so ist doch die genaue zahlenmäßige Fixirung des bestimmten Jahres, in welchem jene Willensreife beginnen soll, eine Bestimmung von rein civilrechtlicher Natur, wie schon das Abweichen der verschiedenen Gesetzgebungen in dem Alterspunkte zeigt.[1] Da diese Bestimmung eine civilrechtliche ist, so liegt also zur Zeit des Todes vor allem auch eine streng juristische Unfähigkeit vor, und ebendeshalb kann, weil die juristische Fähigkeit mangelt, eine wirksame Confirmation nicht eintreten — was, wie wir oben sahen, beim Wahnsinn gleichfalls nicht zutrifft — und das Testament ist also ungültig.

Wie absolut richtig und nothwendig dies Resultat ist, läßt sich schlagend durch eine deductio ad absurdum nachweisen. Wie nämlich, wenn das vierzehnjährige Mädchen unter preußischem Recht ein gerichtliches Testament errichtet hat, und nach Einführung des französischen Rechts noch vor vollendetem sechzehnten Jahre stirbt? Kann dies Mädchen, wenn es seinen Willen inzwischen geändert hat, vor dem Tode das Testament, das nach der bisherigen Ansicht gültig sein soll, mindestens abändern? Offenbar nein, und nach keiner Ansicht. Denn jetzt zu testiren hat das Mädchen ja unbestritten keine Fähigkeit. Bornemann zieht merkwürdigerweise selbst diese Consequenz, ohne sich doch durch dieselbe in der Bestimmtheit, mit der er die Sache im unmöglichen Sinne entscheidet, irremachen zu lassen. Er sagt (a. a. O., S. 15): „Wenn nun ein dreizehnjähriges Mädchen unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts ein Testament errichtet hat, so wird dasselbe nach Einführung des Landrechts nicht ungültig; fortan kann aber das Mädchen ein anderweites Testament vor vollendetem vierzehnten Jahre nicht errichten." Also auch in dem von uns gesetzten Fall der Einführung des französischen Rechts nicht vor vollendetem sechzehnten Jahre. Welcher Monstreact ist denn aber nun aus diesem Testament geworden, welches gültig bleiben soll und dennoch für den

[1] Wenn im altdeutschen Recht, weil die Erbfähigkeit hier auf der Idee der Gemeinschaft der Waffenfähigen beruht, der Krüppel weder Lehn noch Erbe nehmen kann (Sachsenspiegel, I, 4; ebenso die „minus potentes" der fränkischen Gesetze, s. Capit. II a. 805, c. 24; Capit. II a. 806, c. 2; Capit. IV a. 806, c. 3), wenn aus demselben Grunde nach dem Lehnsrecht der Stumme Lib. Feud., I, 6, §. 3, und nach Einigen auch (s. II F. 36) der „surdus, coecus, claudus vel aliter imperfectus" das Lehn nicht zurückhalten kann, — sind das nicht in natürlichen Eigenschaften beruhende Unfähigkeiten, die gleichwol von streng civiler Natur und also schlechterdings juristische Unfähigkeiten sind? Der anscheinende Widerspruch beseitigt sich sehr leicht. Die natürliche Unfähigkeit wird zur

Teſtator unabänderlich und unwiderruflich geworden iſt? Denn wenn ein blos olographiſches Teſtament allerdings ſtets durch bloße factiſche Vernichtung aus dem Wege geräumt werden kann, ſo würde doch da, wo, weil es die Geſetzgebung verlangte oder aus eigener Wahl, durch notariellen oder gerichtlichen Act teſtirt worden iſt, dies Teſtament von jenem Mädchen auch nicht einmal widerrufen werden können. Denn ein Teſtament widerrufen, heißt gleichfalls teſtiren, eine letztwillige Verfügung treffen. Das Mädchen würde alſo weder das Teſtament abändern, noch auch nur, trotz des geänderten Willens, den Lauf des Inſtetatrechts herſtellen können. Was hierbei eingetreten wäre, wäre alſo Folgendes: Das ſtets widerrufliche und an die Fortdauer des Willens gebundene Teſtament, welches das Mädchen nur machte, weil es ſtets durch ſeinen bloßen Willen widerruflich war, wäre für daſſelbe durch den Rechtswechſel zu einem unwiderruflichen, bindenden Acte geworden[1], d. h. es wäre (vgl. oben S. 117 fg.) die ſchreiendſte und craſſeſte Rückwirkung eingetreten, die durch ein ſpäteres Geſetz geſchehende nachträgliche Verwandlung eines bei ſeiner Errichtung an die Fortdauer des freien naturalen Willens geknüpften Actes in einen mit Civilzwang bekleideten und obligatoriſchen, und alſo die vollſtändige Denaturirung der individuellen Handlung. — Zugleich ſieht man hierbei in ſehr intereſſanter Weiſe, wie die abſtracte juriſtiſche Formel durchaus nicht die Macht hat, den Begriff der Sache zu erſchöpfen, der jeder bloßen Formel ſpottet. Denn diesmal wäre die Rückwirkung gerade durch die Nichtanwendung des neuen Geſetzes entſtanden.[2] Freilich ſtellt auch dieſe Nichtanwendung inſofern eine Anwendung deſſelben dar, als durch das neue Geſetz dem Mädchen die fortdauernde Fähigkeit zur Teſtamentsänderung entzogen wird, wodurch eben die conſtitutiven

---

civilen und alſo juriſtiſchen Unfähigkeit dadurch, daß es nur der beſondere hiſtoriſche Volksgeiſt iſt, der jenen natürlichen Mangel als eine Urſache der Unfähigkeit anerkennt. Wenn ein natürlicher Mangel derart wäre, daß ihn alle Völker und Zeiten als Unfähigkeitsurſache auffaſſen, da kann die uns beſchäftigende Frage gar nicht entſtehen, weil ja dann eben eine Differenz der Geſetzgebung ausgeſchloſſen iſt.

[1] Wir nannten dies Teſtament mit vollem Recht einen Monſtreact. Denn es wäre kein Teſtament mehr, weil es durch den Rechtswechſel unwiderruflich und ſomit zur Obligation geworden iſt, und wäre doch auch wieder keine Obligation, weil es nicht eine ſolche, ſondern nur ein Teſtament ſein ſoll. — Es wäre hier alſo indirect durch das neue Geſetz, und ohne Verfügung und Abſicht deſſelben, das eingetreten, was die Römer ausdrücklich für unmöglich erklären. Hermogen., L. 22 de legat. et fideicom. 32 (III): ... nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (testamento) ei recedere non liceat.

[2] Wie wir dies ähnlich bei den Familienfideicommiſſen geſehen haben; ſ. oben S. 339.

Elemente des bereits errichteten Testaments verändert werden. Somit müßte man, wenn man unserer Meinung nicht beitreten und dieser Rückwirkung dennoch entgehen wollte, gar zu der unsinnigsten Consequenz kommen, daß das Mädchen, weil es einmal testirt hat, auch fernerhin trotz des neuen Gesetzes zu testiren fähig bleibt, daß also die Fähigkeit auch für die Zukunft keinem Solchen entzogen werden kann, der schon vorher einmal von ihr Gebrauch gemacht hat. Das heißt, man würde von einer Unmöglichkeit in die andere gerathen müssen.

Es zeigt sich also, daß bei der Rechtsveränderung auch in Bezug auf die in physischen Eigenschaften beruhende Rechtsfähigkeit immer nur nach dem Gesetz zur Zeit des Todes zu entscheiden ist.

E. Inhalt des Testaments.

Die Frage, ob der Inhalt der Dispositionen des Testators ein erlaubter ist, ist eine Frage danach, ob diese Dispositionen durch die gesetzlichen Bestimmungen davon ausgeschlossen werden, in Wirksamkeit zu treten; ist somit von vornherein nur eine Frage nach den rechtlichen Verhältnissen der Zeit, in welcher der Inhalt des Testaments in Wirksamkeit zu treten bestimmt ist, d. h. der Zeit des Todes.

Oder unter näherer Bezugnahme auf unsere Darstellung des Testaments: die Erlaubtheit des Inhalts zur Zeit der Testamentserrichtung kann nicht helfen, wenn der Inhalt zur Zeit des Todes ein verbotener ist, weil dann die juristische Confirmation nicht eintreten kann, da der Testator die Befugniß zu derselben nicht mehr hat.

Umgekehrt: Die Unerlaubtheit des Inhalts zur Zeit des Testaments wird völlig gleichgültig sein müssen, wenn sich derselbe nur zur Zeit des Todes als ein erlaubter darstellt, da die Frage, ob eine Disposition durch eine Confirmation Gültigkeit erhalten kann, nur von der Erlaubtheit der Disposition zur Zeit der Bestätigung abhängen kann.

Der Inhalt des Testaments — Pflichttheil, Präterition, Substition, unerlaubte Bedingung — kann daher, sowol bei factischen Veränderungen als bei Gesetzwechsel, immer nur nach der Zeit des Todes beurtheilt werden.

Es ist um so weniger nöthig, hierüber etwas Weiteres zu sagen, da auch nach der bisherigen Theorie die Zeit des Todes als die in Bezug auf den Inhalt allein maßgebende bereits allgemein anerkannt ist[1] (s. Savigny, a. a. O., S. 454 fg., 463 fg.).

[1] Der einzige Einwurf, der hiergegen gemacht werden könnte, wäre der, daß, auch wenn der Testator erst nach dem von ihm im Testamente präterirten Suus

F. Persönliche Fähigkeit des Honorirten.

Hier hat Savigny (a. a. O., S. 457 fg.) bereits treffend entwickelt, wie die von den Römern geforderte Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Testaments blos in der Mancipationsform des römischen Testaments wurzelt, vermöge deren das Ganze die Gestalt eines fingirten Erbvertrags annahm, weshalb dann die im Testament bedachten Personen die persönliche Fähigkeit zur Zeit des imaginären Vertrags haben mußten.

An und für sich betrachtet dagegen sei die persönliche Fähigkeit des Honorirten als ein „zum Inhalt des Testaments gehörendes Stück" aufzufassen.

Von der römischen Lehre der tria tempora, in welchen die Fähigkeit des Honorirten vorhanden sein muß, falle daher die Zeit des Testaments als ein in blos speciell-historischen und bereits zur Zeit Justinian's verschwundenen Gründen wurzelnder Punkt schon um dessentwillen bei der heutigen Betrachtung der Frage von selbst fort.

So Savigny, und auch wir müssen es einstweilen noch bei dieser für das bloße Resultat als solches völlig ausreichenden, wenn auch nur ganz formellen Beweisführung, deren innerer Zusammenhang sich erst im zweiten Bande ergeben kann, bewenden lassen. Es bleiben daher aus der römischen Lehre noch die beiden Zeiten des Todes und des Erwerbs übrig, welche jetzt zu betrachten sind.

Die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Todes erweist sich aus demselben Grunde als nothwendig, aus welchem sich die Fähigkeit zur Zeit des Testaments als überflüssig darstellt. Wem vermacht wird, ist eine zum Inhalt des Testaments gehörige Frage. Wie aus diesem Grunde die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Testaments überflüssig ist, so ist sie zur Zeit des Todes, als der die Erlaubtheit des Inhalts normirenden Zeit, erforderlich, weil jetzt erst die testamentarische Verfügung in rechtliche Wirklichkeit treten soll und daher mit dieser übereinstimmen muß.[1] Andernfalls würde, wenn der Honorirte zu

---

starb, das Testament nach der Strenge des Civilrechts eigentlich nichtig bleibt und nur vom Prätor eine B. P. secundum tabulas daraus ertheilt wird (Ulpian, XVIII, §. 6; L. 12 pr. de injusto, 28, 3), die Aufrechterhaltung also nur durch künstliche Aushülfe eintritt. Aber das wahre Verständniß dieses Punktes kann sich erst beim Wesen des Erbrechts ergeben (Bd. 2).

[1] Dies ist also der Grund, weshalb auch in Rom bei der bedingten Erbeinsetzung nur darauf gesehen wurde, ob die Fähigkeit des Honorirten zu der Zeit, wo die Bedingung eintritt, vorhanden sei; Celsus, L. 59, §. 4, de hered.

dieſer Zeit unfähig iſt, die zur Zeit des Todes vor ſich gehende juriſtiſche Confirmation nicht ertheilt werden können und das Teſtament alſo ungültig ſein.

Die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erwerbs der Erbſchaft anlangend, ſo ſtellt ſich dieſer Punkt zunächſt nicht als ein Ausfluß der beſondern Natur des Teſtaments dar, ſondern als ein Ausfluß der allgemeinen, die Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Regel, nach welcher jemand zu einem Erwerb dann fähig ſein muß, wenn er denſelben vornimmt. Nur die Frage, wann der Erwerb der Erbſchaft, der teſtamentariſchen wie der ab intestato zugefallenen, vor ſich geht, iſt eine ſolche, welche wieder durch das Weſen des Erbrechts beſtimmt wird, und welche daher, wie wir bald näher ſehen werden, unter den verſchiedenen Geſetzgebungen und bei verſchiedenen Klaſſen von Erben ſich verſchieden beantwortet.

Mit Recht wird die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erwerbs als der wichtigſte von jenen drei Zeitpunkten von den Römern hingeſtellt: „In extraneis heredibus", ſagt Florentinus[1], „illa observantur ut sit cum iis testamenti factio sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut *effectum habeat. Hoc amplius et quum adibit hereditatem* esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis *eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem.*"

Es iſt daher auffällig, wenn bei Savigny in mehrfacher Weiſe die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erwerbs der Erbſchaft ganz in den Hintergrund tritt. Zuerſt zwar, bei Betrachtung der factiſchen Veränderungen, die in der Fähigkeit des Honorirten eingetreten ſein können, bezeichnet Savigny (S. 458) dieſen Zeitpunkt, ohne ihn weiter zu begründen, als einen ſolchen, der ſich zwar von ſelbſt verſtehe, aber „überhaupt nicht wichtig" ſei. Später, bei Betrachtung der geſetzlichen Veränderungen in der Fähigkeit des Honorirten erklärt Savigny (S. 465),

---

instit. (28, 5): ... aut, si *sub conditione* heres institutus est, *quo tempore conditio existit.* Idem et in legatis et in bonorum possessionibns. Wenn er nicht pure zum Erben ernannt iſt, ſo iſt erſt in der Zeit, wo ſich entſcheiden wird, ob der Betreffende wirklich Erbe werden können ſoll, die Uebereinſtimmung ſeiner Fähigkeit mit dem Syſtem der Rechtswirklichkeit erforderlich. Seine Ernennung braucht jetzt erſt der Rechtswirklichkeit zu entſprechen, weil ſie auch jetzt erſt in factiſche Wirklichkeit getreten iſt. Man ſieht daher, wie dies keine Ausnahme gegen das Frühere bildet.

[1] L. 49, §. 1, de hered. instit. (28, 5).

freilich nur dem Zeitpunkte der Testamentserrichtung gegenüber, daß diese Fähigkeit „ausschließend nach dem zur Todeszeit geltenden Gesetz zu beurtheilen" sei, und läßt den Zeitpunkt des Erwerbs ganz unerwähnt, sodaß man fast zweifelhaft sein könnte, ob Savigny einem neuen, die Fähigkeit eines Testamentserben ausschließenden Gesetze, welches nach dem Tode des Testators und vor der Adition der Erbschaft eintritt, Anwendbarkeit auf die bereits durch den Tod eröffnete testamentarische Erbschaft einräumen will oder nicht.

Bei Gelegenheit der Intestaterbschaft erklärt Savigny (S. 483), daß die persönliche Fähigkeit, „zu irgendeiner Intestaterbschaft" berufen zu werden — also die Civität —, nicht nur zur Zeit des Erbanfalls vorhanden sein, sondern bis zur Zeit des Erwerbs fortdauern müsse. Dieser Fähigkeit, zu „irgendeiner Intestaterbschaft" berufen zu werden, setzt sich von selbst entgegen die Fähigkeit des Erben, zu der bestimmten Intestaterbschaft berufen zu werden, sodaß also diese letztere nach Savigny's Ansicht, wie auch seine weitere Entwickelung herausstellt, nach dem Gesetz zur Zeit des Erwerbs nicht mehr vorhanden zu sein brauchte. Versetzen wir dies auf den hierin noch ganz analogen Boden des testamentarischen Erbrechts, so würde also, nach Savigny, zwar die testamentifactio des eingesetzten Erben überhaupt, aber nicht seine Fähigkeit für die bestimmte Erbschaft zur Zeit des Erwerbs mehr erforderlich sein.

Es würde also z. B., wenn zwischen dem Tode des Erblassers und dem Erwerb der Erbschaft ein neues Gesetz erschienen ist, welches Concubinenkinder für unfähig erklärt, von ihren Erzeugern zu Erben eingesetzt zu werden, ein eingesetzter Erbe dieser Art nach Savigny durch das neue Gesetz am Erwerbe dieser Erbschaft nicht behindert sein.

Das Widersprechende[1] dieses Resultats springt in die Augen. Wenn in dem angegebenen Falle die Unfähigkeit des Erben auch keine allgemeine, für alle Erbschaften überhaupt, ist, sondern das Hinderniß nur durch das persönliche Verhältniß des Erben zum Erblasser vermittelt ist, so ist doch durch dies inhaltliche Hinderniß für den bestimmten Erbschaftsfall eine ganz positive Unfähigkeit gegeben, eine Unfähigkeit, deren relative, blos bestimmten Erbschaften gegenüber geltende Natur ihr nicht eine andere Behandlung als der absoluten Unfähigkeit zuziehen kann, da in dem bestimmten Falle, in welchem jene Unfähigkeit wirklich eintritt, sie ebenso absoluter Natur ist, als die absolute Unfähigkeit bei allen Erbschaftsfällen überhaupt.

[1] Wir bemerken ausdrücklich, daß wir bei dieser Untersuchung zunächst nur das Römische Recht vor Augen haben. Warum und inwiefern im französischen und preußischen Erbrecht ein anderes gelten würde, wird sich später zeigen.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn wir auf den Grundsatz zurückgehen, dessen Ausfluß, wie wir oben (S. 418 fg.) zeigten, das Erforderniß der Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erbschaftserwerbs ist.

Der Schein der Rückwirkung bei der Anwendung dieses neuen Gesetzes entsteht dadurch, daß darauf gesehen wird, daß zur Zeit der testamentarischen Einsetzung und ihrer Bestätigung durch den Tod des Testators ein solches Verbot nicht vorhanden war. Allein die Nothwendigkeit der Fähigkeit zur Zeit des Erwerbs wurzelt, wie oben bereits hervorgehoben, gar nicht im Wesen des Testaments, sondern nur zunächst lediglich im Wesen der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit. Jeder muß dann zu der bestimmten Handlung fähig sein, wenn er sie vornimmt; also auch zu dem Erwerbe der bestimmten Erbschaft. Nun ist aber der Erbe im unterstellten Falle zwar zum Erwerb von Erbschaften im allgemeinen, aber nicht dieser bestimmten Erbschaft befähigt. Bis zur Adition und bei derselben ist es aber die bestimmte Erbschaft, welche erworben wird, und erst durch die Acceptation wird die bestimmte Erbschaft in Erbrecht und Eigenthum überhaupt verwandelt. Es kann daher natürlich keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn in dem Falle des unterstellten Gesetzes dasselbe auch erst noch so kurz nach der Adition erscheint, der Erbe berechtigt bleibt, mit der actio hereditaria alle einzelnen Gegenstände der Erbschaft in Anspruch zu nehmen. Aber zur Adition derselben ist er nach dem Erscheinen des ihn zu dem Erwerbe dieser Erbschaft unfähig erklärenden Gesetzes nicht mehr befugt.

So ergibt sich denn schon durch diese vorläufige Betrachtung das Einwirken des neuen Gesetzes auf die noch nicht angetretene Erbschaft.

Wir sind aber hierbei dem Princip nach bereits bei einer andern Frage angelangt, welche einer gründlichen Untersuchung bedarf und durch dieselbe, vermöge ihrer hierin ganz analogen Natur, auch die eben entwickelte Entscheidung erst wahrhaft feststellen wird; nämlich zu der Frage nach dem Einfluß eines nach dem Tode des Erblassers und vor dem Antritt der Erbschaft erlassenen Gesetzes über Intestaterbfolge, welche wir in der folgenden Abtheilung prüfen wollen.

G. Die Zeit des Erwerbs und die Intestaterbfolge.

Hier tritt nun der Irrthum Savigny's über den Einfluß der Zeit des Erwerbs ganz positiv heraus.

Savigny lehrt hierüber ausdrücklich (S. 489): „Ein nach dem Erbanfall (Zeit des Todes) erlassenes Gesetz hat keinen Einfluß, selbst wenn es in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erscheint."

Diese Ansicht ist schon vor Savigny diejenige der meisten Autoren gewesen[1] und durch ihn vollends[2] zur Consistenz gelangt.[3]

Aber gerade darum ist es um so erforderlicher, diesen ebenso plausibeln als in theoretischer wie praktischer Hinsicht äußerst wichtigen Irrthum einer neuen und genauen Prüfung zu unterwerfen.

Der Widerspruch gegen seinen Satz, sagt Savigny (S. 490), die Abhandlung von Heise und Cropp resumirend, gründe sich hauptsächlich auf folgende Verwechselung: der Grundsatz der Nichtrückwirkung der Gesetze, sage man, bezwecke blos die Erhaltung *erworbener* Rechte. Der berufene Erbe habe aber durch den Erbanfall (die Delation) noch gar kein Recht erworben; ein solcher Erwerb trete für ihn erst ein durch den Antritt der Erbschaft, und bis zu dieser könne daher ein neues Gesetz die Erbfolge ändern, ohne sich einer fehlerhaften Rückwirkung schuldig zu machen; beide Momente, Anfall und Erwerb, fielen nur ausnahmsweise zusammen bei dem Suus heres, der ipso jure die Erbschaft erwerbe.

„Allein", entgegnet Savigny hierauf, „durch den bloßen Anfall der Erbschaft ist dem berufenen Erben ein wirkliches Recht *in der That schon erworben*, und zwar ohne sein Zuthun, selbst ohne sein Wissen: das ausschließende Recht nämlich, die deferirte Erbschaft *anzutreten* und dadurch in sein Vermögen zu verwandeln, *oder aber nach Gutdünken auszuschlagen*. *Dieses* ist ein *wahres erworbenes Recht*, ebenso sehr wie jedes andere durch den Grundsatz der rückwirkenden Kraft gegen ungehörige Einwirkung neuer Gesetze geschützt, also von einer bloßen Erwartung durchaus verschieden; nur freilich ein Recht ganz anderer Art und geringern Umfangs *als das*, welches nachher durch den Antritt der Erbschaft entsteht und wodurch ein bisher fremdes Vermögen in eigenes Vermögen des Erben unmittelbar verwandelt wird."

Savigny kann also nicht leugnen, daß die Erbschaft selbst durch die bloße Delation vor der aditio in keiner Weise als erworben angesehen

---

[1] Sowol der französischen als deutschen; siehe z. B. Weber, Rückanwendung u. s. w., S. 96; Bergmann, Rückwirkende Kraft u. s. w., S. 93—102, 108—113; Chabot, Quest. transit., Thl. I, Art.: Droits acquis, S. 379, und besonders Merlin, Répert. de Jurisp. v° Effet rétroactif, Sect. III, §. 6, S. 593. Vgl. Koch, Successio ab intestato, §. 45, Nr. III, S. 103 fg., 107—110; Glück, Opuscula jurid., fasc. 4, p. 157—218; Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, S. 36—38, 56—58.

[2] Vgl. Holzschuher, Theorie des gemeinen Civilrechts (2. Aufl.), I, 51 fg.

[3] Gegen dieselbe kann man anführen: Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, S. 154 (7. Ausg.): „Das angestorbene, angefallene, angebotene Erbrecht gibt an sich keine Rechte", und Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen (Hamburg 1830), II, 123—132.

werden kann. Allein das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, soll, wie dies auch Holzschuher als einen unwiderleglichen Grund hervorhebt, gleichfalls ein erworbenes Recht sein, welches dann in der That durch das neue Gesetz nicht mehr berührt werden könnte.

Aber dieser Einwurf ist nichts weniger als siegreich. Denn 1) dieses Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, ist nichts anderes als ein Optionsrecht, und zwar bei der Intestaterbfolge ein, mindestens seinem sinnlichen Anschein nach, legales Optionsrecht des berufenen Individuums. Wir haben aber bereits in §. 4 der Theorie gesehen, daß alle solche Optionsrechte erst durch die Ausübung der Option zu erworbenen Rechten des Individuums werden und bis dahin einfache Fähigkeiten desselben bleiben, die somit jedem Gesetzwechsel weichen.

Aber auch bei der deferirten testamentarischen Erbschaft ist dieses Recht auf Annahme oder Ausschlagung nur ein solches, zwar nicht legales, weil nicht durch das Gesetz selbst entstandenes, aber durch die Handlung eines dritten Individuums dargebotenes Optionsrecht, welches ganz wie das legale Optionsrecht zu behandeln ist, da es für den nicht-erworbenen Charakter eines Rechts ganz gleich ist, ob dasselbe durch das Gesetz oder die Handlung eines Dritten gegeben ist (vgl. §. 2). Auch ist noch niemand eingefallen, zu leugnen, daß eine Schenkung, wie sie vor der Acceptation jederzeit durch den Schenker widerrufen werden kann, so auch — vor der Acceptation — durch ein verbietendes Gesetz unwirksam gemacht und nun nicht mehr vom Beschenkten acceptirt werden kann. Ein Recht, welches der einseitigen Willensverfügung eines Dritten weicht, wird um so mehr der prohibitiven Verfügung des gesammten Volksgeistes weichen. Wie daher die Schenkung nach dem Erscheinen des dieselbe prohibirenden Gesetzes, und trotzdem auch bei ihr der Beschenkte bis dahin das Recht, anzunehmen oder abzulehnen, hatte, nicht mehr acceptirt werden kann, so wird dies ebenso bei der angebotenen Erbschaft, auch der testamentarischen, der Fall sein müssen.

Wenn also für uns das Nichterworbensein des durch Testament oder Intestatgesetz verliehenen Rechts auf Annahme oder Ausschlagung der (römisch-rechtlichen) Erbschaft als eines bloßen Optionsrechts zwar schon nach §. 4 vollkommen feststeht und dort seinen systematischen Beweis und Zusammenhang mit unserer Theorie findet, so wird es dennoch erforderlich sein, diesen Beweis auch auf selbständige Weise zu erbringen. — Er liegt aber handgreiflich darin vor, daß 2), wenn das Recht auf Annahme oder Entsagung einer Erbschaft ein erworbenes Recht wäre, der vor Antretung der Erbschaft sterbende Erbe es seinen Erben transmittiren müßte. Nun transmittirt aber bekanntlich — nach Römischem Recht, wovon, wie wir wiederholen, hier allein die Rede

ist — der Erbe nicht, wie schon Donellus[1] nachgewiesen hat. Denn im ältern Römischen Rechte findet die transmissio gar nicht statt[2], und selbst in der heute vorliegenden Gestalt desselben tritt sie nur ausnahmsweise[3] in besondern Fällen ein.[4]

Ja, Savigny und die modernen Autoren überhaupt übersehen, daß der Scharfsinn des Donellus schon ganz das Savigny'sche Argument bei dieser Erörterung als Einwurf gegen sich selbst aufgestellt hat, aber auch die Antwort darauf nicht schuldig geblieben ist.

Nachdem Donellus gezeigt, daß, was auch Savigny und die mit seiner Ansicht übereinstimmenden Autoren zugeben, die Erbschaft selbst, als vor der Adition nicht erworben, den Erben nicht transmittirt wird, fährt er also fort: „Sed esto, dicet aliquis; recte placuerit hereditatem, quae defuncto quaesita non est, ad heredes non transmitti, cum nemo plus commodi possit heredi suo relinquere, quam ipse habuit. *At jus adeundi saltem heres habuit; cur* ergo e converso *id non transferat*, cum sit certi juris, heredem in *omne jus* defuncti succedere, quod et ipsum definitio hereditatis efficit?"

Und er antwortet sich darauf: „Eo fit, quia ad ea, quae *personae cohaerent*, hoc jus *non* pertinet; quod *personale* est, ad heredem non transit.[5] Tale est autem *jus hereditatis delatae adeundae.* Id enim personale definimus, cui *personae conditio* locum facit[6], seu in quo alicui tribuendo personae tantum ejus, puta meriti, dignitatis, reverentiae debitae, aut similium rerum personae cohaerentium ratio habetur.[7] Atqui sic defertur hereditas. Defertur enim certis tantum personis, et his ob *meritum, aut conjunctionem sanguinis*, aut aliis de causis *personae cohaerentibus;* puta testamento, scriptis tantum heredibus, ergo quos propriis de causis afficitur testator; ab intestato autem liberis, parentibus, cognatis, aut similibus."

---

[1] Hugo Donellus, Comment. de jur. civ. (Hanoviae 1612), lib. VII, c. IV, p. 294.

[2] Vgl. L. 7 C. de jure delib. (6, 30).

[3] Zu den daselbst von Donellus aufgezählten Fällen kommt noch der, wenn, wie bei der Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, eine restitutio in integrum eintritt, L. 30 pr. de acqu. vel omitt. her. 29, 2 (Ulpian).

[4] Und, so befremdend diese Behauptung zunächst klingt, so wird sich später zeigen, daß selbst in diesen Fällen nicht ohne jede Thätigkeit des gestorbenen Erben transmittirt wird.

[5] Pomponius, L. 8, §. 3, de liberat. legata (34, 3); Paulus, L. 13 solut. matrim. (24, 3).

[6] Paulus, L. 68 de reg. jur. (50, 17).

[7] L. 12 und 13 solut. matr. (24, 3).

Es wäre also durch Donellus gegen Savigny erwiesen, daß das jus adeundi kein erworbenes Recht — im bisher üblichen Sinne — ist. Ist es aber kein solches, so wäre nach der eigenen, oben mitgetheilten Argumentation von Savigny dieser Satz, als blos äußerlich dürres Resultat genommen, schon hinreichend, um zu beweisen, daß dies Recht bis zu seiner Ausübung dem Einfluß neuer Gesetze unterliegen muß.

Es ist dies aber ebenso sehr nach der innern ratio der Beweisführung des Donellus der Fall. Das jus adeundi wird nicht transmittirt, weil es ein persönliches Recht des Erben ist, d. h. also auf persönlichen Eigenschaften beruhte. Allein dann muß es auch, trotz der anscheinenden Verschiedenheit zwischen Tod und Gesetzwechsel, vermöge logischer Nothwendigkeit, wie mit dem Tod der Person, ebenso auch mit dem durch ein neues Gesetz bewirkten Verschwinden jener persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten vorübergehen, auf denen das persönliche Recht beruhte. Ein Gesetz über Intestaterbfolge, welches gewisse Klassen von Personen auf Grund ihrer persönlichen Eigenschaften (Verwandtschaft) zur Erbfolge beruft, ertheilt ihnen durch diese Berufung (im System des Römischen Rechts) eine Fähigkeit zu einem Erwerb, die bis zum Antritt desselben eine bloße Fähigkeit, gegründet auf das Dasein einer persönlichen Eigenschaft, bleibt. Wenn nun z. B. ein neues Gesetz den Begriff der Cognation bei einem bestimmten Grade, oder den Begriff der Cognation überhaupt aufhebt, so wird man im rechtlichen Sinne gar nicht mehr vom Dasein einer Cognation sprechen können. Die ihm das jus adeundi ertheilende Eigenschaft der Cognation, d. h. die vom Gesetz als wirksam anerkannte persönliche Eigenschaft, ist daher durch den Gesetzwechsel in dem Cognaten ganz ebenso untergegangen, wie durch seinen Tod.

Wenn umgekehrt ein neues Gesetz die Bestimmung aufhebt, daß Agnaten eines entferntern oder gleich entfernten Grades Cognaten eines nähern oder gleich nahen Grades ausschließen, so wird jetzt durch das Rechtsbewußtsein gar nicht mehr in dem Agnaten eine persönliche Eigenschaft als in ihm vorhanden anerkannt, vermöge deren er einen nähern oder gleich nahen Cognaten schlagen könnte, und die früher vorhandene, jetzt untergegangene Eigenschaft kann jetzt nicht mehr die rechtliche Wirklichkeit beherrschen und eine jetzt erst eintretende Erwerbshandlung bestimmen; oder mit andern Worten:

Das bloße jus adeundi, als ein auf das Dasein persönlicher Eigenschaften gegründetes Recht, geht nothwendig ebenso sehr mit dem factischen Untergange dieser persönlichen Eigenschaften (Tod, Nichttransmission), als mit dem rechtlichen Untergange derselben (durch Gesetzwechsel) zu Grunde.

3) Wir sind aber erst jetzt dahin gelangt, die Sache so zu formu-

liren, wie sie mit unserer Theorie in wahrhaft innerer und systematischer Uebereinstimmung steht. Es wird nämlich keinem consequent denkenden Leser entgangen sein, daß nach uns das vom Intestaterbrecht deferirte jus adeundi in der That als ein erworbenes Recht anzusehen ist, weil das Intestaterbrecht im Familienrechte wurzelt und, nach uns, alle durch das Familienrecht vermittelten Rechte den Charakter des Erworbenseins haben (s. §. 2, A). Es muß also zugegeben werden, daß nach uns, wie ganz bedingt und ungewiß auch das Recht sei, einen Lebenden, falls er ohne Testament stirbt, intestatmäßig zu beerben, doch dies ganz eventuelle Recht und zwar schon von der Geburt des Familiengliedes ab (nicht erst vom Tode des Verwandten an) ersterm als durch die Familienzeugung erworben angesehen werden muß. Allein diese blos im Interesse der theoretischen Consequenz erforderliche Rectification ändert an der praktischen Lage der Sache gar nichts. Denn es ist von uns durch §. 7 der Theorie gezeigt, daß jedes noch so sehr, selbst contractlich, erworbene Recht nur auf so lange erworben ist und nur so lange ausgeübt werden kann, bis ihm absolute Gesetze entgegentreten. Intestaterbfolgegesetze stellen aber stets absolute Gesetze dar, da es der Privatwillkür nicht frei steht, Abänderungen in ihnen zu treffen. Die Testamentsfreiheit hebt diesen absoluten Charakter der Intestaterbgesetze durchaus nicht auf. Der Erblasser kann testiren, und dann tritt die Intestaterbfolge gar nicht ein. Aber insofern sie überhaupt einmal eintritt, ist sie eine substantielle feste Ordnung für sich, an der der Erblasser nicht das Geringste verrücken kann. Dies, diese Absolutheit der Intestaterbgesetze, ist, soweit er hier schon in abstracto dargelegt werden kann, der wahre logische Sinn des tiefen, durchaus nicht blos auf formell-historischen Gründen, wie man anzunehmen pflegt[1], beruhenden römischen Hauptgrundsatzes: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.[2]

Durch neue entgegenstehende Intestaterbgesetze erlischt also wegen der absoluten Natur derselben das bis dahin erworbene Recht des Erben auf den Erwerb der Intestaterbschaft, wenn es bis dahin noch nicht ausgeübt war. Dagegen folgt aus §. 9 mit derselben Evidenz, daß und warum das Eintreten neuer Gesetze dann völlig einflußlos bleiben muß, wenn die Erbschaft bereits von dem Erben in eigenes Vermögen verwandelt worden und daher die Fortexistenz alles Erbrechts über-

---

[1] Z. B. Haubold, Thibaut, Dernburg u. A. Aber auch Gans (Erbrecht, Bd. 2, Kap. 5) faßt das bleibend Wahre in diesem Satze, über den wir im zweiten Bande concreter handeln werden, nicht auf.

[2] Vgl. Pomponius, L. 7 de reg. jur. (50, 17); Papinian, L. 15, §. 2, de inoff. test. (5, 2); Paulus, L. 37 de test. mil. (29, 1); Ulpian, L. 1 cod. tit.

haupt, oder seines bestimmten Erbrechts insbesondere, indifferent geworden ist.

Es hat sich daher aus der vorstehenden Untersuchung das mit den §§. 7—11 unserer Theorie geistig durchaus übereinstimmende Resultat ergeben, daß neue Gesetze über Intestaterbfolge so lange einwirken[1], solange die Erbschaft noch nicht erworben worden ist, weil

[1] Es ist noch erforderlich, dies gegen eine gäng und gebe irrige Folgerung zu schützen und hierbei die Richtigkeit unserer Deduction und ihre Uebereinstimmung mit dem Römischen Recht erst vollständig ins Klare zu setzen. Wenn nämlich der zunächst berufene Intestaterbe stirbt oder ausschlägt, so fragt es sich, ob der jetzt nächste Erbe bestimmt wird nach dem Verhältniß des jetzigen Zeitpunkts oder nach demjenigen zur Zeit des Todes des Erblassers. Die Institutionen sagen, daß wenn der Erblasser mit Zurücklassung eines Testaments gestorben und die Intestaterbschaft nur durch Entkräftung desselben eintritt, erst dieser letztere Moment als derjenige, in dem das Eintreten der Intestaterbschaft gewiß geworden sei, für die Bestimmung des proximus den Maßstab gebe; daß dagegen, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben, immer der Zeitpunkt des Todes über diese Frage entscheide: Inst., §. 6, de legit. adgn. succ. (3, 2): „*Proximus* autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo *mortuus* est is, cujus de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per *hoc* tempus requiritur quo *certum* esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum, tunc enim proprie quisque *intestato* decessisse intelligitur, quod quidem aliquando longo tempore declaratur; in quo spatio temporis saepe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus." Der von dem Fall des entkräfteten Testaments handelnde Theil dieser Regel stimmt offen mit dem im Text Gesagten überein (wird übrigens noch am Schlusse dieser Anmerkung sein wahres Verständniß empfangen). Dagegen kann ihm der für den Tod ohne Testament gegebene Theil der Regel zu widersprechen scheinen. Dies ist jedoch durchaus nicht, und in Bezug auf keine der aus ihr herzuleitenden Folgerungen, der Fall. Denn was zunächst, wenn nur ein Intestaterbe der zunächst Berufene war, die successio graduum betrifft, so ist es klar, daß, wo solche, wie im Justinianeischen Recht (s. §. 7 Inst. ibidem), nach dem Vorgang des prätorischen Rechts bei der Cognatenklasse, einmal eingeführt ist, das Intestaterbfolgegesetz bereits im Augenblick des Todes, wie für den zunächst Berufenen die unmittelbare, so für alle Erben der auf ihn folgenden Grade die eventuelle Delation schon enthält. Dieselben sind also schon von diesem Moment an mit dem eventuellen *jus adeundi* bekleidet, und so bedingt und ungewiß dies erworbene oder legale persönliche Recht der Intestaterben (entsprechend den Vulgarsubstituten des Testaments) auch sei, so werden sie es doch unbedingt so lange behalten müssen, bis sie dasselbe durch einen an ihrer Person eintretenden Untergang desselben verlieren, also durch factischen Untergang ihrer Persönlichkeit (Tod) oder durch rechtlichen Untergang ihrer persönlichen Eigenschaft (Gesetzwechsel). So läßt z. B., auf das schlagendste unsere Theorie überhaupt bestätigend, das Römische Recht das auf einer Adoptivverwandtschaft beruhende Erbrecht hinfällig werden, wenn der adoptivus vor der Adition oder vor

bis zu diesem Erwerb die Fähigkeit zu erben und das Recht des Erben auf diese bestimmte Erbschaft noch fortdauern muß; daß da-

---

der agnitio bonorum possessionis, obgleich schon nach erfolgter Delation der Erbschaft an ihn, emancipirt worden ist, — weil jetzt die persönliche Eigenschaft in ihm, die ihm diese Beziehung zur Erbschaft gab, erloschen ist; s. L. 11 de suis et legit. (38, 16); L. 1 unde legitimi (38, 7); L. 3 unde cognati (38, 8). Aber durch ganz außerhalb ihrer Persönlichkeit liegende und diese nicht berührende factische Veränderung in der bloßen Außenwelt, dadurch also, daß zu der Zeit, wo der zunächst Berufene stirbt oder ausschlägt, inzwischen andere Personen durch Tod u. s. w. zu näheren geworden sind, kann das den Erben einmal übertragene persönliche eventuelle Recht unmöglich beeinträchtigt werden.

Es zeigt sich also der Unterschied zwischen dem Rechtswechsel und dem Wechsel in den thatsächlichen Verhältnissen, daß die nur thatsächliche Veränderung gleichgültig bleibt, wenn sie nicht eine Veränderung in den eigenen persönlichen Eigenschaften der bereits Berufenen darstellt, auf welchen der Successionsanspruch beruhte. Ebenso aber auch wenn mehrere Intestaterben die zunächst Berufenen sind und einer oder einige von ihnen ausschlagen oder sterben. Hier könnte entweder der jetzige Zeitpunkt, in welchem der Erbtheil vacant wird, als Zeitpunkt des Erbanfalls betrachtet und die Intestaterbfolge nach den jetzigen Verhältnissen neu regulirt werden. Oder es könnte bei der Regulirung der Intestaterbfolge durch die Todeszeit stehen geblieben und der vacant gewordene Erbtheil auf dieselbe zurückgeführt werden. Es könnte nun scheinen, daß nach dem im Texte Gesagten der ersten Meinung und also der successio graduum vor dem jus accrescendi der Vorzug ertheilt werden müßte. Dies ist jedoch nicht der Fall, und schließen wir uns vielmehr der durch die vorher mitgetheilte Institutionenstelle gerechtfertigten Ansicht derjenigen Autoren in dieser berühmten Controverse an, welche dem jus accrescendi den Vorzug ertheilen (s. Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, §. 5, 7 u. a.). Die Gründe sind einfach. Die Delation der Erbschaften kann durch den Tod oder die Ausschlagung des einen Berufenen nicht weiter rollen und sich neu reguliren, weil sie durch das schon vorhandene persönliche Recht der Miterben festgehalten wird, ein Recht, das in diesen Nichtgestorbenen weder durch factischen Untergang (Tod), noch durch den rechtlichen Untergang ihrer persönlichen Eigenschaften (Gesetzwechsel), aufgehoben ist. Indem also durch das fortdauernde Recht der Miterben auf die bestimmte Delation die Neugestaltung derselben verhindert wird und jeder derselben, als Erbe, auch eine Beziehung auf das Ganze der Erbschaft hat, bleibt von selbst nichts übrig als den vacant gewordenen Theil wie eine Vergrößerung der Erbschaftsmasse zu behandeln und ihn von den Antheilen der Miterben nach dem durch die Delation einmal bestimmten Verhältniß absorbiren zu lassen, d. h. seine Vertheilung nach dem jus accrescendi.

Eine deutliche Bestätigung findet ferner die von uns im Text entwickelte Theorie durch die L. 1, §. 9, sq. ad SC. Tert. et Orph. (38, 17). Dort findet nach Ulpian und Julian die Regulirung des Intestaterbrechts allerdings nach der neuen Zeit, in welcher der zunächst Berufene ausschlägt, statt. Dies widerspricht aber nicht im geringsten dem eben Entwickelten, sondern bestätigt dieses nicht minder als das im Text Gesagte. Der Fall muß nämlich dort so aufgelöst

gegen jedes solche nach geschehenem Erwerb eintretende Gesetz völlig gleichgültig ist, weil durch den Erwerb die bestimmte Erbschaft aufgehört hat und in Erbrecht und Eigenthum überhaupt übergegangen ist.

Hieraus ergibt sich dann von selbst die weitere Folgerung, daß im System des Römischen Rechts solche nach dem Todesfall und vor der Antretung erlassenen Gesetze auf den heres extraneus sofort einwirken, weil dieser erst durch die Adition die Erbschaft erwirbt, daß dagegen unter französischem und unter preußischem Recht, und unter Römischem Recht in Bezug auf den suus heres, alle nach dem Todesfall erlassenen Gesetze vollständig einflußlos sind, weil hier der Erbe schon ipso jure durch den Todesfall und ohne weitere Antretung die Erbschaft erworben hat.

---

werden: Durch das SC. Tertullianum et Orphitianum (Ulp. Fr. XXIV, §. 8; XXVI, §. 7; cf. Inst., §. 1, III, 3; L. 9 D. h. t. 38, 17) sollte nur der Mutter und den Kindern ein das Erbrecht der Agnaten ausschließendes gegenseitiges civilrechtliches Erbrecht gegeben werden. Schlug nun der Sohn (siehe den Fall in der vorher cit. L. §. 11) aus, so fiel die Anwendbarkeit des Senatusconsultum fort und das jus antiquum der Agnaten trat nun dadurch für diese bestimmte Erbschaft wie ein neues Gesetz ein. Bei dem Wechsel des Intestaterbrechts vor dem Erwerb der Erbschaft muß aber, wie wir oben zeigten, die Delation aus den gegenwärtigen Rechtsverhältnissen bestimmt werden (qui *tunc* legitimus deprehenditur, sagt Ulpian), und so bestätigen Ulpian und Julian nur auf das glänzendste unsere obige Theorie, ohne dadurch dem eben über das jus accrescendi Gesagten, wo kein Rechtswechsel, sondern nur der factische Fortfall der Rechte des einen Miterben eintritt, im geringsten zu widersprechen.

Aber durch das Bisherige muß nunmehr auch jetzt erst der Grund klar sein, warum die Institutionen in der obigen Stelle für den Fall der durch Entkräftung des Testaments eintretenden Intestaterbschaft die entgegengesetzte Regel von der für den Fall des ohne Testament erfolgenden Todes aufstellen, die Regel nämlich, daß es in diesem Falle nur darauf ankomme, wer zur Zeit der Entkräftung des Testaments der proximus sei (vgl. Gajus III, §. 13; L. 1, §. 8; L. 2, §. 5; L. 5 de suis, 38, 16). Fragt man die römischen Juristen nach dem Grunde dieser Regel, so antworten sie, weil es jetzt erst gewiß geworden sei, daß der Verstorbene als ein intestatus gestorben sei [z. B. Gajus l. l. sed eo tempore quo *certum* fuerit *aliquem intestatum* decessisse), oder sie erklären dies wie die Institutionen durch die Fiction, daß der früher Verstorbene als ein jetzt ab intestato Verstorbener zu betrachten sei (tunc enim proprie quisque *intestato decessisse intelligitur*). Aber die spröde Unbehülflichkeit dieses Grundes und resp. dieser Fiction muß sich jetzt bereits durch unsere Theorie zur Durchsichtigkeit ihrer innern Seele aufgehellt haben. Es verhält sich nämlich damit nur ganz so wie in dem zuletzt gedachten Fall. Für diese bestimmte Erbschaft, die bisher vom testamentarischen Erbrecht regiert war, tritt jetzt die Intestaterbordnung als ein für sie neues Gesetz ein, und beim Rechtswechsel sind die Ansprüche nach den zur Zeit des neuen Gesetzes bestehenden rechtlichen Verhältnissen zu reguliren.

Das nackte Resultat des letzten Satzes wäre also der Unterschied des Erbschaftserwerbs ipso jure oder durch Adition als unterscheidendes Kennzeichen des Nichteingreifens oder Eingreifens neuer Erbgesetze. Dies nackte Resultat als solches stimmt auch mit der Behauptung überein, die schon von Andern hin und wieder herüber, wenn auch unter ganz differenter Beweisführung aufgestellt worden ist.[1] Allein trotz der ihm im Vorstehenden gegebenen breiten und innerlichen Vermittelungsbasis, würde dieses bloße Resultat, obgleich für den äußerlich-juristischen Gebrauch hinreichend, immer noch ein dürres und unlebendiges zu nennen sein, solange sich nicht auch noch die innere Bedeutung jenes Unterschieds zwischen Erbschaftserwerb ipso jure und durch aditio ergeben hat. Denn offenbar erheben sich jetzt hier für das Bedürfniß des tiefer gehenden organischen Erkennens die Fragen: Woher entspringt und was bedeutet dieser Unterschied? Woher kommt das Dasein dieses Unterschieds zwischen französischem und preußischem Recht einerseits und dem Römischen andererseits, und wieder innerhalb des Römischen Rechts selbst zwischen dem suus heres und dem extraneus? Soll ferner Erwerb ipso jure, wie es auf den ersten Blick fast scheinen könnte, einen legalen, d. h. blos durch das Gesetz gegebenen Erwerb darstellen? Wie verträgt sich aber damit, wenn dies auch bei der Intestaterbschaft plausibel erscheinen könnte, daß im französischen und preußischen Recht auch der Testamentserbe, und ebenso im Römischen der suus als scriptus heres, ipso jure erwerben? Diese Fragen leiten uns nun von selbst auf die andere zurück, inwiefern die von uns, in §. 2, A., aufgestellte Behauptung wahr und erweislich sei, daß alle Erbschaft einen nicht durch den bloßen Willen eines Dritten oder ein Naturereigniß (Tod) eintretenden, sondern einen auf der eigenen individuellen Willensaction des Erben beruhenden Erwerb darstelle. Ja, diese letztere Frage ist es, welche sich zu den soeben hier aufgeworfenen als ihr innerer Mittelpunkt verhält, zu dem jene sich offenbar nur als seine Ausläufer und Seitenfolgerungen darstellen, sodaß wir mit der wahrhaften Beantwortung dieser letztern auch jene von selbst erledigt haben werden.

Zu dieser Behauptung haben wir uns daher jetzt zurückzuwenden, und ihren Nachweis aus einer Betrachtung des Wesens des Erbrechts hervorgehen zu lassen, durch dessen Entschleierung auch das Bisherige erst seinen tiefern geistigen Zusammenhang enthüllen wird.

---

[1] Siehe den oben citirten Aufsatz bei Heise und Cropp; vgl. Troplong, Donations et Testaments, Thl. I, Nr. 437 fg.

Ende des ersten Theils.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

Das

System der erworbenen Rechte.

Eine Versöhnung

des

positiven Rechts und der Rechtsphilosophie

von

Ferdinand Lassalle.

In zwei Theilen.

Zweite Auflage,

herausgegeben

von

Lothar Bucher.

Zweiter Theil.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1880.

Das Weſen

des

Römiſchen und Germaniſchen Erbrechts

in hiſtoriſch-philoſophiſcher Entwickelung

von

Ferdinand Laſſalle.

Zweite Auflage,

herausgegeben

von

Lothar Bucher.

"Ὁ τε λόγος τοῖς φαινομένοις μαρτυρεῖ καὶ τὰ φαινόμενα τῷ λόγῳ.

Aristoteles, De coelo, I, 3.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1880.

Inhaltsverzeichniß des zweiten Theils.

Seite

I. Das Weſen des römiſchen Erbrechts 1

I. Der Begriff des römiſchen Erbthums 10

II. Die sacra und ihre Beziehung zum Erbthum. Der Wechſel im Pontificalrecht 26

III. Die sacra und die beiden Theorien derſelben in der Stelle des Cicero, De leg., II, 19—21. — Die hiſtoriſche Entwickelung der Sacraltheorie 34

IV. Die römiſchen Definitionen des Teſtaments. Die offenbarte Innerlichkeit. Ehre und Haß. Die Sphäre der geiſtigen Freiheit . . . 48

V. Die Erbeinſetzung. Das Teſtament als Wille des Erben. — Die bonorum possessio 52

VI. Die Spaltung. Das reale Hervortreten der Momente der Idee . 57

VII. Die Spaltung und das Moment der Reibung. Der geſchichtliche Verlauf deſſelben. Die lex Furia, lex Voconia, lex Falcidia. . 61

VIII. Das formelle Geſetztſein der Momente der Idee. Das testamentum per aes et libram. Seine Selbſtentwickelung zum prätoriſchen Teſtament 86

IX. Das Fideicommiß und ſeine geſchichtliche Entwickelung. 100

X. Die testamentifactio und ihre Bedingungen. Das Teſtament ein Product des hiſtoriſchen Geiſtesbegriffs des römiſchen Volkes, und die testamentifactio darum juris publici. — Die querela inofficiosi 121

XI. Fortſetzung der Bedingungen der testamentifactio. Der filius. Die Pubertät 134

XII. Fortſetzung der Bedingungen der testamentifactio. Das Wiſſen . 138

XIII. Unzuläſſigkeit der ungewiſſen Erbeinſetzung. Die captatoriſche Einſetzung. Die bedingte Einſetzung. Die objective und die Willensbedingung 139

XIV. Das Legat 143

Seite

XV. Das Vindicationslegat. Seine Wirkung, quiritarisches Eigenthum zu bilden. Der Testator ein Gesetzgeber. Die Sabinianer und Proculejaner. Der Todte stärker als der Lebende. Das bedingte Vindicationslegat. Die Controverse der beiden Schulen und ihr Ergebniß. Die quiritarische Sache und die Quantität. Die Accrescenz 145

XV[a]. Das Vindicationslegat als Präceptionslegat 159

XV[b]. Der Widerspruch des Vindicationslegats und seine Selbstentwickelung zum Damnationslegat 160

XVI[a]. Das Damnationslegat als das seinem Begriff adäquate Legat (optimum jus legati). Die bonitarische Sache. Der Eigenthumsübergang der per damnationem legirten Sache durch Mancipation, in jure cessio oder Tradition 162

XVI[b]. Das Damnationslegat als das reale Gesetztsein der Momente des Erbbegriffs, in seinen drei Formen: als Legat der dem Erben gebörenden Sache, als legatum rei alienae und als legatum rei futurae. — Die Accrescenz 166

XVII. Das Damnationslegat als das auf den Erbbegriff, und damit auf die Totalität der Erbschaft bezogene Legat, oder das legatum partitionis. — Der heres ex certa re 169

XVIII. Die Selbstaufhebung des Damnationslegats. Das Gesetztsein seiner Widersprüche, oder das legatum sinendi modo 172

XIX. Die historische Entwickelung des Legats. Das SC. Neronianum und Justinian 180

XX. Die Operation des Begriffs seitens des Erben. Rückblick auf den allgemeinen Begriff 186

XXI. Der Erbe. Der suus heres oder der Erbe seiner selbst. Der Begriff der Suität. Das Zwölftafelgesetz und die Definitionen der Römer. 187

XXII. Erste Andeutung des Verhältnisses des testamentarischen zum Intestaterbrechte. Der Satz nemo pro parte testatus u. s. w. Der suus als die indifferente Mitte von testamentarischem und Intestatrecht 201

XXIII. Fortsetzung der Suität und ihrer begrifflichen Folgen. Die Vermittelung und ihre Dialektik 210

XXIV. Fortsetzung der Suität. Die Enterbung und die Präterition. Die Enterbungsformel 212

XXV. Fortsetzung der Suität. Die Unterschiede, die innerhalb des Suitätsbegriffs liegen, als erbrechtliche Unterschiede zwischen den verschiedenen sui. 214

XXVI. Der suus und der Grundsatz nemo pro parte testatus u. s. w. Fortsetzung der Erörterung über das Verhältniß des Intestaterbrechts zum testamentarischen. — Die Dialektik des Begriffs als Ursache der quantitativen Erbtheilsunterschiede bei Einsetzung und Präterition des suus 220

XXVII. Die Unterschiede in der Exheredationsformel und die Legatshinzufügung 224

Seite

XXVIII. Der necessarius heres oder der als ein Anderer gesetzte Erbe; der Sklave. — Der Uebergang zum extraneus heres oder dem Erben überhaupt 226

XXIX. Der bedingte suus oder der Uebergang des suus in den extraneus heres 235

XXX. Die Erbfähigkeit und ihre Bedingungen. — Der Zeitpunkt der Fähigkeit. Die lex Papia und die apertura tabularum . . . 238

XXXI. Die Erbfähigkeit und ihre Bedingungen; die incerta persona. Die geistige Individualität 244

XXXII. Die Untheilbarkeit und Theilbarkeit des Erbthums 248

XXXIII. Die Erbunfähigkeit der lex Julia und Papia Poppaea. Der Unterschied im Zeitpunkt der Fähigkeit. Der Begriff der Caducität 252

XXXIV. Die Identificationshandlung des Erben. Die Adition und ihre Bedingungen. Das speculative Wissen und sein Umfang . . . 255

XXXV. Die exceptio doli im Erbrecht 276

XXXVI. Einzelne Folgerungen. Die hereditatis petitio. Die persönlichen Rechte. Die Stellung des Irrthums im Gebiet des Erbrechts überhaupt 282

XXXVII. Die Identification seitens des Erben; Fortsetzung. Der Wahnsinnige und das Kind 298

XXXVIII. Die Delation und das Wissen 302

XXXIX. Das jus adeundi. Die Transmission. Das SC. Silanianum. Das Carbonianische Edict. Die transmissio Theodosiana und Justinianea 306

XL. Der concrete Begriff des civilen Intestaterbrechts und die Zwölf Tafeln. — Die alte usucapio pro herede. — Der Uebergang zur prätorischen bonorum possessio 320

Beilage zu S. 325 405

XLI. Die religiöse Substanz und die pelasgisch-etruskische Vorzeit . . 430

XLII. Schluß 468

II. Das Wesen des germanischen Erbrechts 475

I.

Das Weſen des römiſchen Erbrechts.

Wenn wir jetzt dazu übergehen, den Beweis für die schon in Bd. I, §. 2, A., assertorisch vorausgeschickte Behauptung zu erbringen, so werden wir hierdurch die letzte Quader aufgerichtet haben, auf welcher das Gebäude unserer Theorie beruht, und den letzten Anschein zerstört haben, als gäbe es irgend welche erworbene Rechte, die nicht aus der eigenen individuellen Willensaction des Berechtigten entspringen.

Zwar stellt sich, den Erblasser anlangend, die Erbschaft zunächst auch schon ganz äußerlich als eine Willensaction desselben dar, indem sie entweder auf einer testamentarischen Willenserklärung desselben beruht, oder aber von der Intestaterbschaft — da, wo diese nur beim Unterlassen testamentarischer Verfügung eintritt — gesagt werden kann, daß sie nur durch den (unterlassenen) Willen des Erblassers vermittelt und dem Erben deferirt werde.

Allein selbst wenn diese äußere Betrachtung genügen könnte, um das Erbthum in Bezug auf den Erblasser als eine Willensaction desselben aufzuzeigen, so würde dies doch offenbar auch entfernt nicht hinreichen, die von uns aufgestellte Behauptung zu rechtfertigen; denn wir stellten a. a. O. die Behauptung auf: daß vermöge einer im Erbrecht bestehenden Willensidentität zwischen Erben und Erblasser der Wille des Erblassers zugleich auch als der identische Wille des Erben erscheine, und daß deshalb auch der Erbe seinerseits nicht als durch eine Thatsache oder durch den bloßen Willen eines Dritten, sondern als durch seinen eigenen Willen erbend angesehen werden müsse.

Dies also, daß alle Erbschaft auf der eigenen individuellen Willensthätigkeit des Erben beruht, und jene Willensidentität selbst zwischen Erben und Erblasser, welche die Wurzel dieses Satzes bildet, wäre jetzt zu erweisen.

Und zwar muß sie erwiesen werden sowol seitens des Erben selbst,

als auch ebenso sehr noch zuvor seitens des Erblassers, da dessen äußerliche Willenshandlung als solche — das Testament oder dessen Unterlassung — noch durchaus nicht für unsere Forderung genügen kann, weil sie immer nur die willentliche Zuwendung einer bestimmten Vermögensmasse an eine bestimmte Person, aber noch keineswegs, auch nicht seitens des Erblassers, jene hierüber hinausgehende, von uns behauptete Willensidentität zwischen ihm und dem Erben darstellen würde.

Die Nothwendigkeit dieses Beweises bildet also den Faden, der die nachfolgenden Ausführungen mit dem ersten Bande verknüpft und an den geeigneten Orten in der erforderlichen Weise hervorgehoben werden wird.

Zum Zweck dieses Beweises aber müssen wir von diesem Faden scheinbar ganz abgehen und dazu übergehen, das Wesen des Erbrechts bloßzulegen, welches sich wiederum nur in der Verschiedenheit seines historischen Geistes bei den verschiedenen Nationen erkennen läßt.

Zugleich wird sich uns dabei von selbst, wie bereits Bd. I, S. 430 fg., bemerkt, die Beantwortung der Frage ergeben, warum im Römischen Recht, außer beim suus, nur durch Adition, im germanischen Recht aber ipso jure durch den Tod des Erblassers der Erwerb der Erbschaft bewirkt wird. Diese Frage war es, die uns am Schluß des ersten Bandes bei der Behandlung der formell-juristischen Natur des Erbrechts entstanden ist und entstehen mußte. Aber mit der Erzeugung dieser Frage war die formell-juristische Behandlung des Erbrechts eben an ihrer Grenze angelangt, an dem Punkt angekommen, wo sie über sich hinausweisen muß auf jene Wissenschaft, welche allein das geistige Wesen des Rechts hervortreten zu lassen vermag. Als eine Frage nach dem geistigen Inhalt des historisch-verschiedenen Erbrechts war sie zugleich eine Frage nach seinem begrifflichen Inhalt überhaupt, und so waren wir denn wieder von selbst durch den Lauf unserer Untersuchung auf die Frage zurückgeworfen, was es mit dem realen Wesen des Erbrechts und somit auch mit jener Willensidentität auf sich habe, und wie dasselbe aufzufassen sei.

Es erhellt daher von selbst, daß unsere Ausführungen sich nicht in jener Abgerissenheit und Isolirung erbringen lassen werden, die man sonst wol einem Punkte zu geben liebt, der nur als adminiculirender Beweis für ein anderes Thema auftritt. Denn dieser Punkt gehört zu jenen, welche nichts anderes als den geistigen Centralpunkt eines gesammten Instituts darstellen und sich daher gar nicht entwickeln lassen, ohne das Ganze desselben zu seinem geistigen Verständniß zu bringen.

Ebendeshalb mußte es unsere Aufgabe sein, nachfolgend das Wesen des Erbrechts — und zwar zunächst des römischen — zu schreiben,

d. h. diesem gesammten Institute überall den verhüllenden sinnlichen Schleier abzureißen, welcher dasselbe bisher der Erkenntniß entrückt hat, und seine reine Seele überall durch das Stoffliche hindurch zur durchsichtigen Erscheinung zu bringen. Brauchten wir daher unserer Darstellung auch nicht nothwendig ganz die Ausdehnung zu geben, deren sie fähig wäre, wenn wir beabsichtigt hätten, eine Dogmatik des römischen Erbrechts zu schreiben, so mußten wir ihr doch jedenfalls die Ausdehnung und den Reichthum geben, welche erforderlich waren, um jene pulsirende Seele als die einzige bewegende und gestaltende Macht in allen Theilen des Erbrechts und bis in seine kleinsten Gebilde hinein nachzuweisen. Hieraus empfangen dann auch noch die nicht besonders erörterten Punkte dieses gewaltigen Stoffes von selbst ihre Aufhellung. Denn was in dem Nachfolgenden versucht worden ist, ist nicht sowol eine Erklärung der einzelnen Stellen des römischen Erbrechts, durch welche dann immer nur die besondere, der Behandlung unterworfene Textesstelle gedeutet wird; sondern es ist eine Reproduction des Geistes, aus welchem das römische Erbrecht geflossen ist und aus dessen einfacher dialektischer Thätigkeit sich alle seine Theile, Abschnitte, seine inhaltlichen und formellen Bestimmungen, seine historische Gestaltung und seine scheinbaren Anomalien bis in ihre detaillirtesten Punktualitäten hinein, wie wir sehen werden, gleichsam spielend und von selbst entwickeln.

Es erhellt von selbst, daß zu diesem Behufe eine nicht geringe Ausführlichkeit und ein selbst noch bei weitem detaillirteres Eingehen auf die subtilsten positiven Einzelheiten in den Entscheidungen der Römischen Rechtsquellen, als sich in den Werken unserer positiven römischen Juristen findet, unabweislich geboten war.

Es war dies schon deshalb eine unvermeidliche Pflicht im Interesse der Sache, weil jede Wahrheit die Schneide ihres Beweises immer nur an ihrer Durchführung durch den ganzen concreten Reichthum ihres Gebietes und durch das verschlungenste Gewirr ihrer scheinbaren einzelnen Ausnahmen besitzt. Eine gewisse Strecke weit können auch täuschende Erklärungen zuzutreffen scheinen. Dann aber verschwindet dieser Schein; es treten die Ausnahmen, die Abweichungen, die Widersprüche, die Zusammenhanglosigkeiten ein.

Die Kraft, ein ganzes so umfangreiches und vielverzweigtes Gebiet bis in seine einzelnsten Bestimmungen und scheinbaren Ausnahmen, bis in seine kantigsten Krystalle hinein harmonisch aus Einem Gedanken und seiner einfachen Thätigkeit aufschießen zu lassen, gehört lediglich der Wahrheit an und bildet ihr entscheidendes Kriterium. Es muß in diesem Sinne den positiven Juristen vollständig darin recht gegeben werden, daß die Wahrheit des Rechts in dem ganz Positiven und Einzelnen desselben beruhe. Natürlich! Denn dies ist eben das Reale,

worin der Geist in seiner Wirklichkeit zu Tage tritt und sich von blassen Allgemeinheiten abscheidet.

Nicht minder nöthigte zu einer größern Ausführlichkeit der Umstand, daß das Erbrecht, um das Wesen desselben heraustreten lassen zu können, nicht blos dogmatisch, sondern ebenso historisch entwickelt werden mußte. Denn eine Hauptseite der Bedeutung des Nachfolgenden besteht für uns darin, den üblichen Unterschied zwischen der dogmatischen und historischen Behandlung des Rechts zu durchbrechen. Auch das Dogmatische eines Rechtsinstituts ergibt sich nur aus dem Verständniß seines historischen Begriffs, d. h. des bestimmten historischen Stadiums des Geistes, auf welchem sich das zu betrachtende Institut jederzeit befindet. Dies war hier darzulegen, und somit durch bestimmte Leistung das Versprechen zu erfüllen und die Anschauung zu rechtfertigen, die wir im allgemeinen in Bd. I, S. 59 fg., über das Verhältniß des Rechts zu seiner Geschichte oder des Naturrechts zum historischen Rechte aufgestellt haben. Dazu konnte aber wiederum die Skizzirung der historischen Gegensätze in ihren größesten Zügen und Umrissen — der Gegensatz zwischen römischem und germanischem Erbrecht — nicht ausreichen. Vielmehr war dieser große Gegensatz selbst nicht einmal wahrhaft zu verstehen, wenn nicht zuvor auf die innerhalb des Römischen Rechts selbst stattfindende historische Entwickelung eingegangen wurde. Nichts hat mehr das Verständniß des Römischen Rechts verhindert, als dies, daß man stets nur von der justinianeischen Gestalt desselben ausgeht, die aber doch nur ein Letztes und daher nur aus dem großen historischen Processe, dessen Endpunkt sie bildet, zu begreifen ist. Wenn diese unbefangene Identification von Römischem Recht überhaupt und seiner letzten justinianeischen Gestalt in offener Form bei unsern positiven römischen Juristen auftritt, so gilt sie nicht weniger auch von den Rechtsphilosophen, da diese, auch wenn sie von dem frühern Rechte ausgehen, doch von vornherein — was z. B. selbst bei Gans im höchsten Maße der Fall ist — mit den Begriffen des justinianeischen Rechts, und von ihnen die Seele beherrscht, an den ältern Rechtsstoff herantreten und daher weder diesen, noch seinen allmählichen Proceß, noch seinen mit Justinian eingetretenen Abschluß desselben zu verstehen vermögen.

Wir dagegen werden, wo wir von Römischem Recht ohne weitere Bezeichnung sprechen, immer nur das alte jus civile im Auge haben. Von diesem werden wir ausgehen und geeigneten Orts die Nothwendigkeit und das Treibende seiner Bewegung, die dialektischen Evolutionen, die es in diesem Processe vollbringt, und jenen letzten Selbstverlust seiner, zu dem es sich nach Durchlaufung seiner verschiedenen Phasen unter Justinian forttreibt, hinreichend zur Klarheit bringen. Aber trotz dieses fast totalen Selbstverlustes, den das alte jus civile unter Justinian

erleidet, werden wir gleichwol sehen, durch welche eigenthümliche dialektische Bewegung in diesem Selbstverlust der Grundgedanke des jus civile ebenso auch wieder noch aufbewahrt und erhalten bleibt. Das justinianeische Recht ist so das Residuum eines Processes, welches seine Seele und Bedeutung schlechterdings nur aus dem ihm Vorhergehenden empfängt.

Eine andere Nöthigung zu eingehender Darstellung lag in der Schwierigkeit unserer Position.

Schon das ist gewiß eine nicht gering zu nennende Schwierigkeit, mit einer Auffassung des römischen Erbrechts hervortreten zu sollen, welche Savigny wie Gans, Hugo wie Puchta, Huschke wie Böcking und so vielen andern berühmten Rechtslehrern, kurz der in der gesammten Rechtswissenschaft als selbstredend üblichen Auffassung des Erbrechts gänzlich widerspricht, und die Behauptung aufstellen zu müssen, daß nicht blos dieses und jenes Einzelne, sondern gerade ebenso das Einzelne wie das Ganze des römischen Erbrechts bis auf den heutigen Tag ohne Ausnahme völlig misverstanden und unerkannt geblieben sei, ein unenträthseltes Geheimniß!

Wenn schon diese Schwierigkeit erheblich genug ist, so ist aber noch viel bedeutender jene andere, daß wir genöthigt sind, die Entwickelung des römischen Erbrechts mit einer Behauptung zu beginnen, welche auf den ersten Blick als das Uebermaß aller Paradoxie, ja als eine wahre metaphysische Abgeschmacktheit erscheinen kann! Wenn unsere positiven Juristen lesen werden, daß der Begriff des römischen Erbthums substantiell nichts mit dem Vermögen zu thun haben und letzteres nur gegensätzlich berühren soll, daß der Erbe im römischen Sinne nur Willenserbe, nicht Vermögenserbe des Todten sein soll, daß der begriffliche Gegenstand und das Interesse des römischen Erbrechts, ebenso wie seine historische Entstehung, gar nicht in der vermögensrechtlichen Sphäre liegen sollen; wenn sie lesen werden, daß das Testament keine Vermögensverfügung und das civilistische Erbrecht überhaupt keine Vermögenszuwendung seinem Begriffe nach darstellen, sondern eine dieser Verstandesvorstellung geradezu entgegengesetzte quasimetaphysisch-theologische Anschauung zu seinem Inhalt haben soll: so steht zu befürchten, daß viele derselben lebhaft geneigt sein werden, die Lektüre des Buches lieber da abzubrechen!

Dennoch, mögen sie fortfahren! Und keiner, der sich überhaupt die Mühe nimmt und fähig ist, dem Gedankengange des Werkes ernsthaft zu folgen, wird, wie wir verbürgen zu können glauben, auch nur die ersten zwanzig Paragraphen der nachfolgenden Untersuchungen gelesen haben, ohne eine zwingende Ueberzeugung sich seiner bemächtigen zu fühlen, die sich immer mehr und mehr zu einer unerschütterlichen Positi-

vität gestalten wird. — Wir schreiben keineswegs nur für philosophisch voreingenommene Leser, und rechnen keineswegs auf solche. Es ist ein unmächtiger, schlechter und unwahrer Gedanke, der nicht die Macht hat, aus sich heraus sein Gegentheil zu überwältigen und sich zu assimiliren. Wir schreiben daher vorzugsweise auch für die positiven Juristen, mit welchen wir ohnehin den Haß gegen jede solche Philosophie, die immer nur beim Allgemeinen stehen zu bleiben weiß, vollständig gemeinsam haben. Gerade die Gemeinsamkeit dieses Hasses aber mag ihnen vorläufig die Gewähr dafür bieten, daß sie es in dem Nachfolgenden nicht mit unwirklichen Abstractionen zu thun haben werden, und sie veranlassen, mit der anscheinenden Paradoxie und Abstraction des — in Wahrheit von Anfang an durch und durch concreten — Begriffs Geduld zu haben, bis wir die Zeit gehabt, denselben den concreten Reichthum auch der realsten erbrechtlichen Bestimmungen aus sich erzeugen zu lassen.

Selbstredend wird aber jene zwingende Ueberzeugung, die wir versprochen haben, sich eben wieder nur herbeiführen lassen durch die Durchführung des Begriffs gerade durch das Concreteste und Einzelnste des erbrechtlichen Materials.

Wenn die ganze ungeheuere Mosaik dieses Stoffes sich als das einem einzigen Begriffe, und seinen Verschlingungen entflossene Gedankengewebe aufweist, wenn er nicht nur bis auf seine sprödesten Punktualitäten, sondern selbst bis auf alle Controversen der alten Schulen, der Sabinianer und Proculejaner, die erst von hier aus ihre innere Nothwendigkeit erblicken lassen, sich, wie wir sehen werden, in die einfache dialektische Thätigkeit dieses Einen Begriffs auflöst, so wird auch hier der Beweis geführt sein, daß gerade das scheinbar ganz Metaphysisch-Abstracte, wenn es kein blos abstracter, sondern ein concreter Begriff ist, und wieder das ganz Concret-Reale vollständig zusammenfallen.

Für die Geduld, die wir in Anspruch nehmen, werden die Resultate reichlich lohnen. Wir haben es bereits gesagt, daß dies Resultat in erster Linie kein geringeres sein wird, als die Entdeckung des römischen Erbrechts und seines geistigen Inhalts, ja des Erbrechts überhaupt.[1] Es ist aber gar nicht möglich, diese Entdeckung zu machen, ohne dabei noch zwei andere Entdeckungen zu bewerkstelligen, nämlich jene, was das römische *jus civile*, diese aus dem innersten Herzen und Eingeweiden des römischen Volksgeistes hervorgegangene Schöpfung, überhaupt bedeutet, und zugleich — wovon man fühlt, wie sehr es hiermit zusammenfallen muß — welches die culturhistorische Stellung und Mission

[1] Denn es wird sich später herausstellen, inwiefern durch die Verkennung des römischen Erbrechts auch das germanische verkannt werden mußte.

des römischen Volkes in der weltgeschichtlichen Bewegung überhaupt gewesen ist.

Wir bemerken endlich noch, daß wir natürlich eine besondere Widerlegung der bisherigen Ansichten der Autoren im allgemeinen für vollständig durch die Natur unserer Arbeit ausgeschlossen erachten mußten. Da wir bei jedem Satze und gegen alle unsere Vorgänger gleichmäßig hätten Front machen müssen, so hätte sich hieraus nur eine ebenso müßige wie lästige Ausdehnung des Umfangs unserer Erörterungen ergeben. Die wahrhafte kritische Widerlegung muß von selbst in der positiven Entwickelung unserer Lehre vorhanden sein. Und es war dies um so mehr gegeben, als die Hauptpfeiler unserer Beweisführung ebenso wie in der Entwickelung des bisher irrig Erklärten, so auch auf der Erklärung dessen beruhen, was bisher überhaupt noch nicht zu erklären versucht worden ist. Denn wie in allen andern Gebieten ging es natürlich auch hier, daß man gerade das für die bisherigen Auffassungen ganz Unerklärliche entweder überhaupt unerwähnt ließ, oder es wie ein ganz Selbstredendes und einer Erklärung überhaupt gar nicht Bedürftiges behandelte.

Wir haben daher nur dann die Ansichten unserer Vorgänger einer besondern kritischen Rücksichtnahme unterworfen, wo dies ausnahmsweise im Interesse größerer Schärfe und Deutlichkeit zu liegen schien, oder wo die sich entgegenstehenden Unrichtigkeiten in den Ansichten der Autoren einen genetischen Werth zur Entwickelung der Wahrheit zu haben schienen.

Eine weit häufigere kritische Widerlegung als andern Autoren haben wir dem römischen Erbrecht von Gans widerfahren lassen. Keineswegs in dem Sinne, als wollten wir eine besondere Polemik gegen dieses Buch richten, oder den hohen Geist seiner Ausführungen irgendwie leugnen und das seinem Urheber deshalb zukommende Verdienst verkleinern, sondern vielmehr gerade nur deshalb, weil uns dieses Werk seiner allgemeinen Richtung nach am nächsten stand, und weil es unbedingt die bei weitem geistvollste unter allen bisherigen Behandlungen des erbrechtlichen Stoffs zu nennen ist.

Allein es ist einmal ein Gesetz der Philosophie, daß, wo von einem nur abstracten Begriff ausgegangen wird, keine noch so geistvolle Behandlung es vermeiden kann, daß sich die Abstraction desselben auch in den Resultaten nicht nur zu abstracten, sondern fast überall zu positiv falschen Folgerungen treiben muß, häufig selbst zu um so falschern, je näher man sich dem wahren und noch verfehlten Begriffe befindet. Aber auch das blos Abstracte bildet in der geistigen Welt dieselbe Entstellung sowol des Ganzen des Bildes, als seiner einzelnen Züge, welche in der körperlichen Welt entsteht, wenn eine Gesichtsfläche in einen Zerrspiegel geworfen wird. Sowol die wirkliche Physiognomie als die

fälschende Verziehung derselben durchdringen sich in jedem Punkte gleichmäßig. Nur der concrete Begriff hat die Macht, die concrete Wirklichkeit aus sich zu erzeugen.

Wegen dieser Incongruenz ist Gans' geistvolles Werk nothwendig ohne erheblichern Einfluß auf die positiven Juristen geblieben.

Dies Gesetz des speculativen Begriffs galt es hierbei beiläufig klar an den Tag treten zu lassen, und die Philosophie so gegen die so häufig beliebte Identificirung ihrer mit dem Abstracten zu verwahren, wozu die Discussionen mit dem Werke von Gans oft den besten Anlaß boten.

Die Philosophie kann bei diesen Discussionen nur gewinnen. Denn es wird sich zeigen, daß Gans den Geist des römischen Erbrechts nur deshalb verfehlt hat, weil er noch die Seele von den empirischen Auffassungen des Erbrechts nicht hinreichend gereinigt hatte.

Nur die empirischen Verstandeskategorien — nur sie sind das Abstracte!

I. Der Begriff des römischen Erbthums.

Nichts ist üblicher, als von einer Personenidentität zwischen dem Erben und Erblasser zu sprechen, und die römischen Juristen selbst haben sich so weit zum Bewußtsein über den ideellen Charakter ihres Stoffs erhoben, daß sie diese Personenidentität als das Wesen des Erbrechts bezeichnet haben.[1] Dennoch ist diese vom Wesen der Familie hergenommene[2] und auf das Erbrecht übertragene Anschauung gerade für das römische Erbrecht viel zu weit, also viel zu abstract, um wahrhaft zutreffend zu sein. Theoretisch genommen, würde diese Anschauung, wie aus dem Folgenden von selbst hervorgehen wird, das römische Erbrecht durchaus nicht hinreichend decken, um das Wesen desselben wirklich zu erklären; auch läßt sich von einer Identität der Personen nur bei jenem „arctissimum inter homines procreationis vinculum", wie Valerius

---

[1] Vgl. z. B. Novelle 48, §. 1: „... et haec quidem in heredibus qui *iidem cum defuncto quodammodo esse videntur*." Diese Personenidentität ist natürlich auch die Quelle von der Auffassung des Erbrechts als einer successio in universum jus defuncti. L. 62 de reg. jur. (50, 17): „Hereditas nihil aliud est quam successio in *universum* jus quod defunctus habuerit." L. 59 eod. tit.: „Heredem *ejusdem* potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat." L. 22 de usurp. (41, 3).

[2] Siehe z. B. L. ult. C. de impuber. et aliis subst. (6, 26): cum *pater et filius eadem esse persona* pene intelligantur.

Maximus[1] es mit Recht nennt, also bei der Blutseinheit, als der das gesammte Physische der Person umfassenden Grundlage reden. Sohn und Erbe fallen aber im Römischen Recht durchaus noch nicht zusammen.

Praktisch festgehalten, würde jene Anschauung oft zu nicht geringen Unrichtigkeiten führen. Hier mag genügen, das Eine, an und für sich sehr Entscheidende dagegen anzuführen, daß ja gerade die streng persönlichen Rechte — diejenigen, denen die personae conditio locum facit[2] — nicht auf den Erben übergehen.[3]

Diese Anschauung wird daher auch wieder praktisch nicht festgehalten, und trotz jener successio in *universum* jus defuncti und dem *ejusdem* potestatis ac juris (s. vorige Seite, Note 1) wird weder von den alten noch modernen römischen Juristen geleugnet, daß alle diese rein persönlichen Rechte nicht auf den Erben übergehen.

Wegen dieser Incongruenz jener Anschauung von der Personenidentität mit dem Stofflichen des römischen Erbrechts kam man dazu, dieselbe näher dahin zu beschränken, daß es nur die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" des Erblassers sei, welche auf den Erben übergehe. Allein gerade durch diesen so plausibel erscheinenden Versuch, die Lehre der römischen Juristen mit dem materiellen Stoffe in Einklang zu setzen, gerieth man, wie sich zeigen wird, von dem Regen in die Traufe. Aus dem abstracten Irrthum gerieth man in den concreten und substantiellen Irrthum hinein. Diese noch bei den heutigen Autoren unbedingt herrschende Auffassung ist mindestens gerade so alt, als unsere Commentatoren des Römischen Rechts selbst. Beispielsweise genüge es, Hugo Grotius anzuführen: „... vera causa haec est quod heres *personam defuncti refert*, non in meritis, quae sunt mere personalia, *sed in bonis*, quibus ut cohaererent ea quae alicui debentur ex ipsa rerum inaequalitate, simul cum dominio fuit introductum."[4] Es ergab sich hieraus eine Lehre, welche wir am kürzesten beispielsweise durch die Worte, in denen Puchta sie vorträgt, charakterisiren. Er entwickelt den Begriff des Erbrechts folgendermaßen[5]: „Das Ganze der auf Sachen sich beziehenden und in ihnen ihren Maßstab findenden Rechte und Verbindlichkeiten, die in einer Person als ihrem Subject vereinigt sind, das Vermögen, soll eine von dem Leben der

---

[1] Memorab., Lib. VII, c. 7, T. II, p. 89 ed. Bip.

[2] Vgl. I, 425, und Note 4, 5, 6 das.

[3] Während z. B. noch im Attischen Erbrecht die Anklagen gegen den Erblasser vom Erben aufgenommen werden müssen, und ebenso auch dem Erblasser ertheilte Ehren auf den Erben übergehen; s. Isaeus super Dicaeogenis hered., p. 116, 118 ed. Reisk. Bunsen, De jur. heredit. Athen., p. 78.

[4] De jure belli ac pacis II, cap. 21, §. 19 (ed. Francof. 1696, p. 675).

[5] Pandekten, §. 446 (5. Aufl., 1850).

Person unabhängige Dauer haben. Dies wird dadurch erreicht, daß nach dem Tode die dadurch aufgehobene natürliche Person fortwährend als zusammenhaltendes Subject jener Rechtsverhältnisse gedacht, somit eine juristische Person an der Stelle der natürlichen angenommen wird. Das hinterlassene Vermögen selbst also trägt eine Persönlichkeit in sich, und dies ist die fingirte des Verstorbenen. Dieser Rechtssatz ist eine nothwendige Ergänzung des Vermögensrechts, dessen Verhältnisse erst dadurch eine zu ihrer vollen Entwickelung unentbehrliche Stetigkeit erhalten. Mit diesem Institut wird aber zugleich ein anderes Bedürfniß befriedigt, indem der Uebergang der Güter des Verstorbenen an Ueberlebende damit in Verbindung gesetzt wird. Dieser Uebergang soll, um jenen ersten Zweck zu erreichen, nicht blos stückweise erfolgen, er soll die Persönlichkeit des Verstorbenen in vermögensrechtlicher Hinsicht in sich aufnehmen und repräsentiren und damit in das Vermögen als Ganzes eintreten. Darin liegt der Begriff des Erben, seiner Successsion, der Erbfolge und des Rechts, das er durch die Erbfolge erhält" u. s. w.

Wenn man später einen Blick auf diese Lehre zurückwirft, so wird man wissen, warum dieselbe durchaus, und zumal die in derselben durch den Druck hervorgehobenen Sätze, eine Reihenfolge der radicalsten Irrthümer darstellt.

Hier ist es noch nicht möglich, diese Irrthümer zu beweisen, sondern nur bezeichnen können wir einstweilen, worin die Quelle derselben liegt und warum wir sagten, daß man mit jener verbessernden Beschränkung, daß es die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers sei, die auf den Erben übergehe, aus dem Regen in die Traufe, aus dem abstracten Irrthum in den substantiellen und compacten gerathen sei. Diese durch jene Verbesserung bewirkte Verschlechterung liegt darin, daß durch jene Beschränkung der Personenidentität, welche die römischen Juristen selbst unmittelbar als den Gedanken und die Seele des erbrechtlichen Stoffes aussprechen, auf die vermögensrechtliche Persönlichkeit, das Vermögen und seine Uebertragung auf den Erben zum substantiellen Inhalt, zum Begriff und Gegenstand des römischen Erbrechts wird; eine Auffassung, die freilich auf den ersten Blick nicht nur als richtig, sondern sogar als etwas ganz selbstredend Nothwendiges und gar nicht Andersseinkönnendes erscheint, und so bis heute erschienen ist. Es wird hier das Erbrecht zu einem „Vermögensrecht", zu einer bloßen „Ergänzung des Vermögensrechts", wie Puchta soeben sagte; das Institut des römischen Erbthums ist wegen des Vermögens, zum Zweck einer Uebertragung auf den Erben und zur Befriedigung der Gläubiger[1]

[1] Wie sehr letzteres gegen den Geist des alten jus civile ist, hätte z. B. schon

erfunden und vorhanden, weshalb der Inbegriff dieser einzelnen Vermögensrechte und -Verpflichtungen als eine künstliche „juristische Person" gedacht werde; dieses hinterlassene Vermögen ist es, welchem die Persönlichkeit des Verstorbenen einwohnt, und das Erbthum hat den Zweck, daß der Erbe „in das Vermögen eintrete" und den Verstorbenen in demselben repräsentire, ja diese ganze Fortdauer der juristischen Persönlichkeit des Erblassers ist überhaupt nur eine dem Vermögen zu Liebe — das hier überall zur Substanz der Erbschaft wird — und um seiner Behandlung willen erfundene Fiction[1]; alles Sätze, welche uns soeben von Puchta selbst mit seiner gewohnten Klarheit vorgetragen wurden, und welche sämmtlich die radicalste Verkennung dieses Instituts bilden. Die vorgetragene Ansicht ist aber nicht blos die Puchta's, der hier blos als Repräsentant derselben herausgegriffen wurde, sondern die einmüthige und unangezweifelte Auffassung sämmtlicher Autoren, auch der denkendsten unter ihnen[2], mit alleiniger

---

das Eine zeigen können, daß sogar bei der Arrogation, d. h. also bei dem Untergang einer selbständigen Willenssubjectivität, deren körperliches Substrat sogar noch fortlebt, die Schulden des Arrogirten nach Civilrecht untergehen: Gajus, IV, §. 38, und III, §. 84; und die Gläubiger nur durch prätorische Billigkeit Restitution erlangen können: L. 2, §. 1; L. 7, §. 2, 3, de cap. min. (4, 5); L. 2 de in int. rest. (4, 1).

[1] Also, wenn die Wahrheit dieser Ansicht eingestanden wird, ein bloßer Nothbehelf, wie dies bei Puchta nicht weniger deutlich als bei Scheuerle hervortritt, welcher (Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts, Nr. 1, S. 7, Erlangen 1853) die Erbschaft definirt als „ein Vermögen mit einem fingirten Subject, indem ihre Behandlung als Vermögen nur ermöglicht wird durch die Fiction fortdauernder Persönlichkeit des verstorbenen Erblassers".

[2] Siehe z. B. Böcking, welcher (Pandekten des röm. Privatrechts u. s. w., 2. Aufl. [Bonn 1853], I, 256, Note 14) die „vermögensrechtliche Persönlichkeit des Testators" auf den Erben übertragen werden läßt, deshalb (daselbst, S. 232) in der „Sachengesammtheit, dem Vermögen eines Verstorbenen, eine juristische Person erblickt, daher auch consequent (Pandekten-Lehrbuch, 4. Aufl., 1852, S. 27) definirt: „Das Erbrecht ist das Güterrecht der sich auflösenden Familie", und es als die nothwendige „Entfaltung der Begriffe Familie und Vermögen" bezeichnet, ebenso, am erstangeführten Ort, S. 139, Note 2, das römische Erbrecht als ein „auf Familienrecht beruhendes und aus ihm hervorgehendes Vermögensrecht" erklärt u. s. w.; oder Huschke, der (Studien des Röm. Rechts [Breslau 1830], S. 233, Note 59) den Testator beim testamentum per aes et libram seine „Vermögensfreiheit" übertragen läßt u. s. w. Ganz dieselbe Auffassung des Vermögens, als der Substanz des römischen Erbthums, ist es auch, die Gaus beherrscht (s. z. B. S. 173, „da das Testament die Beziehung des testirenden Willens zum Vermögen ist", oder S. 241, „das Familienrecht [Intestaterbrecht] hat seine Stellung bei der Auflösung der Familie, und zwar ist es selbst diese Auflösung in der Sphäre des Vermögens" u. s. f.) und, wie wir später im Einzelnen sehen werden, nothwendig bei jedem Schritt

Ausnahme Savigny's, dessen bald zu erwähnender, noch größerer Irrthum ebenso den Gegensatz als die richtige Consequenz der eben dargestellten Absicht bildet.

Betrachten wir nun, in welchem Verhältniß die beiden vorgetragenen Auffassungen, diejenigen der Römer selbst und diejenigen unserer Autoren, wahrhaft zueinander stehen, so muß klar sein, daß dieselben geradezu einen Gegensatz zueinander bilden. Zwar war dies nicht die Absicht. Es sollte nur eine nähere Beschränkung an jener Auffassung der römischen Juristen von der Personenidentität zwischen Erben und Erblasser, an ihrer Definition von der Uebertragung des *universum* jus defuncti auf den Erben vorgenommen werden, indem die auf ihn übertragene Persönlichkeit des Erblassers bestimmter als die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" desselben definirt wurde. Es schien dies um so unanstößiger, als die Definition der römischen Juristen ja offenbar zu weit war, und diese Beschränkung daher nur wie eine denselben aus ihrem eigenen Sinn heraus hinzugefügte aussah. Aber obwol dies nicht die Absicht war, so war es doch die Wirkung dieser Beschränkung, daß man dadurch jetzt in einen entschiedenen Gegensatz zu der von den römischen Juristen bekundeten Auffassung gefallen war. In der bloßen Nebeneinanderstellung der Worte: „vermögensrechtliche Persönlichkeit", hatte, wie das vermöge der innern Dialektik des Begriffs bei jeder Zusammenbindung zweier begrifflichen Gegensätze, ohne ihre innere Dialektik zu bewältigen, der Fall sein muß, das eine Gegentheil das andere aufgegessen, das Vermögen die Persönlichkeit verschlungen.

So wenig dies bisher bemerkt worden ist, so unbestreitbar ist es doch, und muß schon nach der obigen Analyse der zweiten Ansicht evident sein. Von den beiden Factoren, um die es sich beim Erbrecht überhaupt handeln kann, Person und Vermögen, und die ihrem Begriffe nach reine Gegensätze sind, war nach der Lehre der römischen Juristen die Person das Einzige, was übertragen wird, und vom Vermögen gar keine Rede. Eine Person zieht die Haut der andern an; und da sie somit jetzt diese Person ist, so ist zwar klar, daß ihr jetzt auch das Vermögen derselben gehören muß; aber nur jene Häutung ist

---

diesen geistvollen Mann zum Verfehlen seines Gegenstandes zwingen mußte. — Der nachfolgend im Text entwickelte Widerspruch in dieser Auffassung der Erbschaft treibt sich zur Marter in einem Aufsatz von Huschke im Rhein. Museum, welcher aber gerade dadurch, daß der Widerspruch hier schon als Marter sich selbst fühlbar geworden, eigentlich das Höchste bildet, was bisher in dem Gebiet des Erbrechts geschrieben und in diesem Sinne selbst Gans überlegen ist. Wir werden diesen Aufsatz deshalb später einer eingehenden Betrachtung unterwerfen. (Siehe die Beilage zu Nr. XL, S. 488 fg.)

die Substanz, die Seele, der Begriff dieses rechtlichen Processes, nicht die Vermögensübertragung, die als etwas ganz Secundäres, als blos zufällige, factische Folge unerwähnt im Hintergrunde liegen bleibt. Hier kann man also sehen, daß, im Vergleich mit der zweiten Ansicht, die Persönlichkeit das Vermögen verschlungen hat, auf welches gar nicht geachtet wird. Nachdem aber, weil diese Auffassung durch ihre zu große Ausdehnung — da ja die rein persönlichen Rechte nicht mitangezogen werden — sich als offenbar unzutreffend ergeben mußte, nunmehr die anzuziehende Haut als die vermögensrechtliche Haut des Verstorbenen bestimmt wurde, ist jetzt das Gegentheil eingetreten, und die Persönlichkeit, die durch das Erbinstitut übertragen werden sollte, ist aufgehoben und überall in das Vermögen zusammengesunken. Das Vermögen wird jetzt die Substanz und die Bedeutung dieses Processes; die Aufrechterhaltung der einzelnen vermögensrechtlichen Rechte und Verbindlichkeiten gegen die Gläubiger, die Uebertragung der hinterlassenen Sachen an den Erben, kurz überall das Vermögen und seine Behandlung wird hier zum Zweck und Grund, zum Begriff und Inhalt dieses Instituts. Wo ist denn hier noch die Persönlichkeit des Erblassers, die Anschauung von ihrer Uebertragung auf den Erben, die Personenidentität zwischen beiden geblieben? Diese Persönlichkeit ist hier überhaupt untergegangen; in ihrem Gegentheil, der Sachengesammtheit, dem Vermögen, liegt sie jetzt; sie hat hier überhaupt keine andere Bedeutung mehr, als eine unlebendige, nur mechanische Fiction für die kunstgerechte Behandlung des Vermögens zu sein, d. h. sie wird hier zu einer nicht in der Substanz und Urbestimmtheit des römischen Volksgeistes mit Nothwendigkeit lebenden Anschauung, die wir heute Fiction nennen können, insofern wir diese Anschauung nicht mehr theilen, sondern sie wird zu einer von den römischen Juristen erfundenen, zu einer bloßen, d. h. als Fiction gewußten Fiction, zu einem juristischen Nothbehelf für die Vermögensbehandlung (s. oben S. 13, Note 1).

Es zeigt sich also, daß, wenn in der Definition der römischen Juristen vom Wesen der Erbschaft die Personenidentität die Substanz dieses Begriffs bildet und der Vermögensbegriff von dieser verschlungen bleibt, in dieser zweiten Ansicht umgekehrt das Vermögen Substanz geworden und in den Vordergrund getreten ist, und die Uebertragung der erblasserischen Persönlichkeit auf den Erben, so sehr auch den Worten nach von ihr die Rede ist, doch der Sache nach untergegangen und vom Vermögen verschlungen worden ist, welches jetzt jene Vorstellung, die uns die Römer als das Wesen der Sache berichten, nur als ein mechanisch-fictives Hülfsmittel in den Dienst seines ungestörten Functionirens genommen hat.

Und so sehr ist diese von uns vollzogene dialektische Kritik die eigene Wahrheit dieser zweiten Ansicht, daß sie nicht blos unsere negative Kritik ist, sondern ebenso in der Geschichte der Rechtswissenschaft selbst als die positive Folge jener Ansicht auftritt. Savigny ist es, welcher[1] bei dem Punkte, wo diese Frage am entschiedensten zur Sprache kommen mußte, bei der Frage nach der Persönlichkeit der ruhenden Erbschaft, dem Einklange gegenüber, mit welchem die zweite Ansicht den Autorenkreis beherrscht, in den noch größern Irrthum verfällt, die Persönlichkeit der Erbschaft überhaupt zu leugnen, d. h. sie für eine Fiction zu erklären, die von den römischen Juristen nur mit Rücksicht darauf, daß Sklaven zu einer Erbschaft gehören konnten, zum Behuf der Erleichterung gewisser Erwerbungsarten durch diese Sklaven erfunden worden sei und sich nur hierauf beschränkt habe[2]; daß es daher nicht zu rechtfertigen sei, wenn diese Fiction noch als Bestandtheil des heutigen Römischen Rechts aufgestellt werde. — Wenn die Autoren fast einstimmig wegen dieser Ansicht auf Savigny eingedrungen sind und gegen ihn Front gemacht haben, so ist nur zu verwundern, daß sie nicht gesehen haben, wie diese Ansicht, trotz ihres immensen Irrthums, doch nur die unvermeidliche Consequenz und aufgedeckte Wahrheit ihrer eigenen vorhin entwickelten Lehre ist. Sie sagt eben blos heraus, was bei ihnen bereits thatsächlich vorhanden ist. Wenn einmal das Vermögen zur Substanz der Erbschaft und die Uebertragung der Persönlichkeit nur eine zum Behuf der regulären Abwickelung dieses Ver-

---

[1] System, II, 363—373, §. 102.

[2] „Die einfachste und natürlichste Behandlung dieses Falles (der ruhenden Erbschaft)", sagt Savigny, a. a. O., S. 365, „wäre ohne Zweifel die, daß man von dem Tode an die Erbschaft als das Vermögen eines noch unbekannten Herrn ansähe, der aber doch einmal bekannt werden muß, und auf welchen dann alles zu beziehen ist, was sich in der Zwischenzeit mit diesem Vermögen etwa zutragen mag. Diese natürliche Behandlung der Sache ist es, welche das Römische Recht nicht gelten lassen will, indem es an deren Stelle eine Fiction unter zwei verschiedenen Ausdrücken setzt." Und nun sucht er zu beweisen, was er S. 373 so zusammenfaßt: „Die eigenthümliche Behandlung der ruhenden Erbschaft vermittels einer Fiction beschränkte sich bei den Römern auf die Erleichterung gewisser Erwerbungen durch die zu der Erbschaft gehörenden Sklaven", worauf er dann die Folgerung zieht, daß, weil Sklavenerwerb jetzt fortgefallen, diese Fiction überhaupt nicht mehr als ein Bestandtheil des heutigen Römischen Rechts dargestellt werden könne. — Und sicher, daß, wenn der Begriff des römischen Erbthums das Vermögen wäre, dies die natürlichste und einfachste Behandlung, ja die einzig mögliche wäre, wird niemals geleugnet werden können! Es wird dies bewiesen werden durch den Verlauf unserer Entwickelung, und ist objectiv bewiesen durch die Thatsache, daß solche Erbrechte, welche ihre Substanz im Vermögen haben, in der That von dieser Fiction nichts wissen.

mögensmechanismus und seiner Functionen gemachte Fiction ist — so ist es eben eine als Fiction gewußte Fiction, eine juristische Erfindung, ein bloßer Nothbehelf, in welchem die Persönlichkeit blos Schein und Hülfsmittel, das Vermögensroulement das Lebendige und Fungirende ist. Was liegt dann daran, und welches ist der Unterschied, ob diese als Fiction gewußte Fiction blos zur Erklärung und Vermittelung von nur mehrern einzelnen Fällen von Vermögenserwerbung, oder zur Erklärung und Vermittelung aller Fälle des Vermögensroulements überhaupt erfunden worden ist? Mit einer richtigen tiefern Ahnung ruft Böcking[1] gegen Savigny aus: „Rechtsbegriffe, wie der hier in Rede stehende, sind nicht erfundene Regeln!" Aber eine solche „erfundene Regel" bleibt ja die Annahme der Persönlichkeit auch nach der von ihm vertretenen Ansicht, und muß sie bleiben, wenn das Wesen des Erbrechts darin besteht, „Güterrecht" und „Entfaltung des Vermögensbegriffs" zu sein. Die Quantität oder Totalität der Fälle, zu deren Regulirung sie dient, macht an diesem ihrem Charakter einer bloßen juristischen Erfindung, eines für einen, dieser Persönlichkeitsanschauung selbst ganz fremden, verständigen Zweck — dem vermögensrechtlichen Bedürfniß — geschickt ersonnenen mechanischen Hülfsmittels keinen Unterschied. Eine substantielle organische Anschauung des Volksgeistes, von welcher jene juristische Fiction blos der Ausdruck und Abdruck sei, ist auch in dieser Ansicht weder aufgezeigt, noch innerhalb ihrer nur möglich.

Wir unsererseits können also Savigny's Ansicht[2], so sehr sie von den Andern bekämpft wird, kaum als eine dritte Ansicht, sondern nur als die mit scharfer Verständigkeit ausgesprochene Consequenz jener zweiten auffassen, als die objectiv herausgetretene Unrichtigkeit und Auflösung derselben. Daß es für diese zweite Ansicht keine Empfehlung ist, innerlich in dem nachgewiesenen begrifflichen Gegensatz mit der Definition der römischen Juristen zu stehen, leuchtet von selbst ein. Denn wenn nichts natürlicher ist, als daß ein Volksgeist in seinen Trägern nicht zur begrifflichen Sichselbstdurchsichtigkeit, zur klaren Selbsterkenntniß seines treibenden Innern zu gelangen braucht, so ist doch wieder nichts unmöglicher, als daß er sich in ihnen so misverstünde, um das Gegentheil seines Wesens für sein Wesen zu ergreifen. Inzwischen auch bei der Definition der römischen Juristen kann aus den oben angegebenen Gründen nicht stehen geblieben werden.

Das Wesen des römischen Erbrechts muß also bestimmter und con-

[1] Pandekten des röm. Privatrechts, I, 232, Note 5.

[2] Dieselbe ist auch insofern ganz richtig, als, wie sich später es zeigen wird, es durchaus nicht das Sachliche der Erbschaft ist, in welchem die Persönlichkeit derselben ruht.

creter aufgefaßt werden, als mit dem zu weiten und von der Blutseinheit der Familie entlehnten Begriff der Personenidentität gegeben ist. Seine wahrhafte Entwickelung wird nur eine *organische*, aus der Substanz des römischen Volksgeistes selbst sein können, und diese organische Entwickelung ist es, zu der wir jetzt übergehen. —

Das Christenthum und die germanische Welt pflegen als die Weltstufen bezeichnet zu werden, in denen die *Unendlichkeit des Subjects* zum Bewußtsein gekommen und zum Princip proclamirt worden ist. Dies ist auch ganz richtig, wenn man, wie auch in der Regel der Fall, unter der Unendlichkeit des Subjects die Unendlichkeit des subjectiven *Geistes* als des von aller Außenwelt abgelösten und rein auf seine eigene Innerlichkeit bezogenen Gedankenwesens versteht.

Dieser Unendlichkeit des Subjects, welche die Unendlichkeit des *Geistes* ist, geht aber in der Geschichte *vorher*, und *muß* in ihr, als der stufenmäßigen Entwickelung des Geistes, vorhergehen, eine *andere*, *äußerlichere Unendlichkeit des Subjects*, die Unendlichkeit des subjectiven Willens als der gerade noch auf die Außenwelt *bezogenen* und mit ihr als ihrem Gegenstand behafteten Innerlichkeit der Person.

Dies ist es, was die Bedeutung des römischen *Erbrechts* und des *römischen Geistes überhaupt* ausmacht!

Es ist eine kurze, naive Stelle Quintilian's, in welcher uns, bei richtiger Auffassung derselben, das innerste Geheimniß des römischen Geistes offenbart ist. „Denn nicht", ruft Quintilian aus[1], „scheint irgendein *anderer Trost über den Tod* vorhanden zu sein, als *der über den Tod hinausgehende Wille*."

Die *römische* Unsterblichkeit — denn dies ist es, was wir als den wahren Sinn dieses Satzes in Anspruch nehmen — *die römische Unsterblichkeit ist: das Testament!*

Wir glauben, daß bei wahrem Verständniß schon mit diesem Einen Satze und der von uns vorausgeschickten kurzen Begriffsexplication das innerste Wesen des römischen Geistes entschleiert und die begriffliche historische Nothwendigkeit seiner Schöpfungen bereits wie mit Einem Schlage hell geworden sein muß. Denn nicht nur ist damit bereits die wahre Bedeutung und innere Entstehungsnothwendigkeit des römischen *Erbrechts* gegeben, sondern es ist dadurch auch schon gegeben, warum das *Recht überhaupt* erst Schöpfung des *römischen* Volksgeistes sein kann und andererseits mit diesem Volke einen nie wieder erreichten Grad von

[1] Quintiliani Declam. CCCVIII: „Neque enim *aliud* videtur *solatium mortis quam voluntas ultra mortem.* Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium, si non integram legem habet, et cum omne jus nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus."

Virtuosität und Vollendung erlangt. Denn indem diese Unendlichkeit des subjectiven Willens, als sich auf die Außenwelt beziehend und diese sich unterwerfend, das Geltende derselben ist, muß sie diese Außenwelt und ihre Verhältnisse als ein System der Willensgeltung hervorbringen, d. h. das System der Rechtsgliederung überhaupt schaffen. Oder die Unendlichkeit des subjectiven Willens läßt sich daher sofort auch aussprechen als die Unendlichkeit der Rechtssubjectivität überhaupt. Und die römische Welt kann sich daher durch kein späteres Volk und keinen spätern Gelehrtenstand in jener Schöpfung übertreffen oder erreichen lassen, weil dort das innerste Wesen des Volksgeistes auf sie als seine eigenste Substanz bezogen ist, wie der Geist der griechischen Welt auf die Plastik, der jüdischen auf die Religion.

Zugleich ist damit gegeben, inwiefern und warum gerade das Erbrecht als der eigenste speculative Kern des ganzen Römischen Rechts erscheint und gerade dieser Mittelpunkt ein Ausbau von so großartiger, eigenthümlicher und systematischer Vollendung ist, wie wiederum kein anderer im Römischen Recht.

Es ist ferner damit erklärt die für uns fast unbegreifliche Rolle, welche das Testament ebenso in der Anschauung des Römers wie in der Geschichte seines Rechts spielt, die Bedeutung, welche die testamentifactio bei ihm hat, und die unvergleichliche Wichtigkeit und Heiligkeit, die er dem Testament beimißt[1], eine Wichtigkeit, die sich vollkommen wol

[1] Daher das Erdrückende in der Bezeichnung eines intestabilis: siehe z. B. Horat. Satyr., II, 3, v. 181: ... is *intestabilis et sacer esto.* Plautus, Curcul. Act., I, sc. 1: *Semper caveto,* ne sis *intestabilis;* vgl. das „improbus intestabilisque esto" der Zwölf Tafeln; s. Gellius Noct. Att., XV, c. 13. Es wäre sehr irrig zu glauben, daß, weil intestabilis sowol einen bezeichnet, der kein Testament machen, als einen, der kein Zeugniß leisten kann, hier vielleicht nur an letzteres zu denken sei. Zunächst fallen schon äußerlich beide Unfähigkeiten zusammen: Gajus, L. 26 qui test. (28, 1): „Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur et eo amplius ut quidem putant, neve ipsi dicatur testimonium", und Ulpian, L. 18, §. 1, eod. tit.: „Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; *ergo* nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi." Woher kommt aber die römische Verknüpfung dieser für uns ganz verschiedenen Eigenschaften? Erst sub Nr. IV wird die innere Einheit beider von selbst klar werden. Wir werden daselbst sehen, daß und wie das Testament nichts anderes ist als eine Selbstbezeugung des Geistes (testatio mentis). Wer nicht Zeugniß ablegen kann, kann ebendarum auch diesen höchsten Act des Bezeugens, die Selbstbezeugung, nicht vornehmen, welche das Wesen des Testaments ist, und dies stellt sich nur äußerlich-juristisch so dar, daß ihm nicht Zeugniß für diese geistige Selbstoffenbarung von Andern geleistet werden kann, „neve ipsi dicatur testimonium", er also kein Testament machen kann. — Ebenso: wer diese Selbstoffenbarung des eigenen Geistes, diese Verlautbarung des Innern, nicht vornehmen

in Parallele stellen läßt mit der Richtung des Aegypters auf sein Grabmal, dessen Bereitung ihm als der hauptsächlichste Zweck seines Lebens erscheint.[1]

Es ist eine Stelle des Cicero, nicht minder kurz als jene Quintilianische, welche, mit den Augen des objectiven Begriffs betrachtet, nicht nur mit gleicher Deutlichkeit den Begriff des römischen Erbrechts, sondern sogar, obwol Cicero das Bewußtsein hierüber nicht hat, die wahrhafte historische Entwickelung des Erbrechts bis zu den Römern hervorvortreten läßt. „Quid *procreatio liberorum*", sagt Cicero (Tuscul. Quaest., I, c. 14), „quid *propagatio nominis*, quid *adoptiones* filiorum, quid *testamentorum* diligentia, quid ipsa sepulcrorum monumenta, quid elogia significant, nisi nos futura etiam cogitare?" „Was bedeutet die Erzeugung der Kinder, was die Fortpflanzung des Namens und die Adoption von Söhnen, was die Sorgfalt der Testamente, was die Monumente der Gräber selbst, was die Inschriften anders als dies, daß wir sogar das Zukünftige erwägen?"

Wir sagen, daß diese Stelle nur mit den Augen des Begriffs betrachtet zu werden braucht, um in einer das directe Bewußtsein Cicero's noch übersteigenden Weise den wahrhaften gedankenmäßigen Verlauf der welthistorischen Entwickelung des Erbrechts und den specifischen Unterschied des römischen zu ergeben.

Die Erzeugung der Kinder, das erste der von Cicero erwähnten Momente, ist die natürliche und wahrhafte Fortpflanzung der Person. Hier ist durch die Identität des Blutes wirkliche Personenidentität in der Familie vorhanden, und auf dieser natürlichen Personenidentität beruht die erste Hauptgestalt des Erbrechts, das Familienintestatrecht der orientalischen Welt.

Das zweite der von Cicero hervorgehobenen Momente ist die propagatio nominis, die durch die Adoption bewirkte Fortpflanzung des Namens (nur rednerischerweise zerlegt Cicero die propagatio no-

---

kann, kann auch nichts bezeugen, was durch Andere (Personen oder Vorgänge) in den Umfang dieses Geistes hineingesetzt worden ist. Denn alles Bezeugen von Thatsachen u. s. w. ist als ein Bezeugen von Wahrnehmungen, immer ein Bezeugen des eigenen Innern und seiner subjectiven Thätigkeit. Der Geist, der, von dieser Selbstoffenbarung einmal principiell abgeschnitten, für sich selbst nicht mehr Geist und Subject ist, wird es daher auch nicht für Andere sein, und somit auch für Andere nicht Zeugniß ablegen können. Beidemal ist somit das Substantielle in dem Verhältniß und das Erschütternde bei der Bezeichnung eines intestabilis nur diese Unfähigkeit des Sichselbstbezeugens oder die Testirunfähigkeit. Vgl. noch unten S. 204, Note 1.

[1] Von hier aus fällt nun auch sofort auf die so enge Verbindung des Testaments mit den religiösen Ideen der Römer und den sacris ein helles Licht, worüber später.

minis und die adoptio filiorum in zwei Glieder). Was hier wirklich hervorgebracht wird, ist schon nicht mehr Personen-, sondern Namensidentität. Durch sie wird bewirkt, daß der Name des Einzelnen fortlebt in seinem Volke, und sie wird daher hauptsächlich da hervortreten, wo der Einzelne sich noch nicht in sein subjectives Wesen zurückgezogen hat, sondern wo für ihn selbst auf seinem Verhältniß zu seinem Volksganzen der substantielle Werth und die wahrhafte Unendlichkeit seines Wesens beruht. Das auf Adoption beruhende Erbrecht spielt daher consequent seine Hauptrolle in der griechischen Welt.[1]

Das dritte von Cicero parallelisirte Moment sind endlich die Testamente, die sich im Gegensatz zu der propagatio nominis, in die er selbst die Adoption auflöst, auch ohne die Aushülfe jener Quintilianischen Stelle von selbst auflösen in eine *propagatio voluntatis*, in eine Fortpflanzung des subjectiven Willens als solchen. Es ist nicht mehr die natürliche Fortpflanzung und Unsterblichkeit des Einzelnen, welche in der Zeugung der Familie, nicht mehr die Fortpflanzung und Unsterblichkeit des Namens, welche in der Adoption vor sich geht, es ist die Fortpflanzung und Unsterblichkeit des subjectiven Willens als solchen, welche im Testament sich Dasein gibt und das Wesen des römischen Erbrechts bildet.[2]

Die Fortpflanzung und Unendlichkeit des subjectiven Willens — als der noch diesseitigen und auf die diesseitige reale Außenwelt als ihren Gegenstand bezogenen Innerlichkeit des Menschen —, dies also ist das in seiner Bestimmtheit ausgedrückte wahre Wesen des römischen Erbrechts.

Das Testament ist die Weise, in welcher die Unendlichkeit des Subjects dem römischen Geiste aufgegangen und von ihm erobert worden ist.

---

[1] Siehe Gans, Erbrecht, I, 383 fg., 315 fg.

[2] Gans thut daher Cicero sehr unrecht, wenn er (Erbrecht, II, 148) von diesen Worten desselben tadelnd sagt: „Cicero stellt hier die fleißige Abfassung der Testamente auf gleiche Linie mit den substantiellsten Forderungen der Familie, des Geschlechts und der Religion.“ Es liegt hierin ein gänzliches Verkennen der objectiven Idee des Testaments und des oben aufgezeigten wahrhaften Gedankens der Ciceronianischen Stelle. Cicero will beweisen, daß die Menschen auf die Zeit nach ihrem Tode sehen (futura cogitare), und erfaßt ganz richtig diese Selbstcontinuation seiner als den gemeinschaftlichen Grundgedanken der drei analogen und dennoch differenten Institute, der Familie, der Adoption und des Testaments, in welchen das Privatrecht diese Verewigung des Individuums vollzieht. Zugleich ist in dem Testament der historische Fortschritt anzuerkennen, daß hier das Wesen der Persönlichkeit in die von der Unmittelbarkeit derselben befreite Innerlichkeit des Willens gesetzt ist.

Zugleich hat sich hier also bereits die positive Seite und das dialektische Fortschrittsmoment ergeben, welches das Testament in der welthistorischen Entwickelung der Freiheitsidee darstellt, ein positiver Gehalt, welchen Gans vollkommen übersieht, wenn er dem römischen Testament immer nur seine negative Seite und Kritik, „die Leerheit und Willkür seines Setzens", entgegenhält.[1] So richtig dies für heute sein mag, so wesentlich ist es, zuvor das affirmative Moment zu begreifen, welches die römische Testamentsidee darstellt, und welches gerade darin besteht, in die von der Schranke der natürlichen und geschlechtlichen Unmittelbarkeit befreite reine Innerlichkeit des Willens das Wesen und die Unendlichkeit der Subjectivität verlegt zu haben. Dieser Triumph der reinen Willensfreiheit, der abstracten Innerlichkeit, ist es, welche das Römerthum befähigt, die unmittelbare dialektische Vorstufe für die noch tiefere und abstractere Innerlichkeit des christlichen Geistes zu werden.

Soll aber der subjective Wille sich wahrhaft als unendlich setzen, trotz der ihm in der Sterblichkeit der Person entgegenstehenden Grenze, so kann er diese Endlichkeit nur dadurch überwinden, daß er die Gewalt hat, aus seiner freien Innerlichkeit heraus eine andere Person zu seinem Fortsetzer und Träger zu ernennen, und so eine andere Willensperson zum fortlaufenden Dasein seiner selbst zu machen.[2] Es würde

[1] Siehe Gans allerwärts z. B. II, 31 fg., 175, 183 fg., 232 fg. u. a. a. O.

[2] Wie schon aus dem Bisherigen hervorgeht, behandeln wir einstweilen den testamentarischen Erben immer als den Erben überhaupt, also als den gemeinschaftlichen Repräsentanten von Testaments- und Intestaterbthum. Das besondere Verhältniß von testamentarischem und Intestaterbrecht zueinander, und der Unterschied und Gegensatz zwischen ihnen, der unbeschadet ihrer Einheit besteht, wird und kann erst später (in den Nr. XXII, XXVI, XL) zur Entwickelung gelangen. Dort wird sich dann auch unsere Berechtigung, den testamentarischen Erben als den gemeinschaftlichen Repräsentanten von testamentarischem und Intestaterbrecht zu nehmen, entscheidend und concret nachweisen. Hier kann dieselbe nur vorläufig mit den beiden Gründen belegt werden: daß doch offenbar testamentarischer und Intestaterbe den gemeinsamen Begriff haben, civilrechtliche Erben zu sein, und zweitens, daß doch auch schon das bloße Gefühl häufig, wenn auch unklar genug, herausfühlt und herausgefühlt hat, daß der testamentarische Erbe die eigentliche Spitze und der Gipfel des römischen Erbrechts sei. Er wird sich uns eben als die adäquateste Realität des römischen Erbbegriffs ergeben. An ihm müssen daher die realen Momente dieses Begriffs bloßgelegt werden, und dann erst kann, da ja nie alles auf einmal gesagt werden kann, zu dem Unterschiede innerhalb des Erbthums übergegangen werden. Wir sind daher zu dieser vorläufigen Identification alles Erbthums mit dem testamentarischen ebenso berechtigt wie genöthigt. Freilich wird jener schon durch die äußere Wichtigkeit, mit welcher die Römer den testamentarischen Erben behandeln, gefühlsmäßig eingeräumte Satz, daß er die höchste Entfaltung des römischen Erbrechts sei, auch wo er zugegeben wird, immer nur so ganz im allgemeinen zugegeben. Sowie bestimmt auf

für die Unendlichkeit des Willens nicht ausreichen, wenn er nur eine Verfügung über die Vertheilung des Vermögens nach dem Tode getroffen

---

das Verhältniß des testamentarischen zum Intestaterbrecht eingegangen wird, ist die herrschende Ansicht vielmehr die ganz entgegengesetzte. Hier wird vielmehr und zwar von den trefflichsten Autoren gelehrt: das Principale des Erbrechts sei das Intestaterbrecht als das Vermögensrecht der Familie. Erst aus ihm habe sich die Befugniß des abweichenden Verfügens entwickelt. So definirt z. B. Böcking in einer schon oben (S. 14) bezeichneten Stelle das Erbrecht als das „Güterrecht der sich auflösenden Familie", nennt es (Pandekten des röm. Privatrechts, I, 130, Nr. 2) „ein auf Familienrecht beruhendes und aus ihm hervorgehendes Vermögensrecht", und das. S. 130, Note 8, sagt er ganz bestimmt: „Es wird sich im dritten Buche herausstellen, daß auch nach römischer Rechtsansicht alles Erbrecht eigentlich ein Recht der Familienglieder, das testamentarische Erbrecht nur aus der Möglichkeit und Statthaftigkeit hervorgegangen ist, das natürliche Element in dem sittlichen Bande der Familie zu ersetzen." Ebenso nennen Mommsen, Ihering u. A. das Testament mit Bezug auf das testamentum calatis comitiis eine „Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge" u. s. w.

Gewiß, wäre dem so, so würde unser Weg, von dem testamentarischen Erben auszugehen, als ein principiell falscher Weg nothwendig zu einem falschen Ziele führen müssen. Aber nicht nur dahin führen würde er, sondern unser Begriff hätte von Haus aus schon inhaltlich das Falsche in sich. Bereits muß der inhaltliche Gegensatz, in welchem der von uns aufgestellte römische Erbthumsbegriff zu der eben referirten Auffassung steht, klar genug sein. Denn nach uns besteht der Begriff und die historische Bedeutung des römischen Erbthums ja gerade darin, daß dem subjectiven Willen, und somit auch durch die reine Willensinnerlichkeit, frei von aller Unmittelbarkeit und allen Banden der Natürlichkeit, des Bluts und der Familie, fortexistirende Unendlichkeit gegeben werde. Es ist die innere Unendlichkeit des subjectiven Willens, die sich zum Bewußtsein gekommen ist und zu ihrer Realisirung die Schranken des Todes bricht. Darum kann sie auch in dieser Selbstrealisirung nichts anderes als sich selbst, diese Willensunendlichkeit, ausführen und an keinen andern Inhalt gebunden sein.

Es zeigt sich aber auch sofort, daß die referirte Ansicht der Autoren über das Verhältniß des testamentarischen zum Intestaterbrecht, wie unvermeidlich sie auch war, wenn man einmal vom Vermögen als der Substanz des Erbthums ausging, doch einen der radicalsten und größten Irrthümer darstellt, der auf dem Gebiete des Erbrechts überhaupt möglich ist, und der mit allem Positiven und Historischen des Römischen Rechts in dem grundsätzlichsten Gegensatz steht. Während nach dieser Ansicht das Intestaterbrecht das Principale des Erbrechts ist und das testamentarische nur die Bedeutung eines erlaubten Abweichens und Ersetzens hat, gilt bei den Römern gerade das Umgekehrte, daß das Testament das Principale ist und das Intestaterbrecht nur subsidiäre Bedeutung hat. Ulpian, L. 39 de acqu. vel om. her. (29, 2): „Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur." Das Intestaterbrecht soll also überhaupt nur platzgreifen ganz subsidiär, wenn nicht testirt worden ist! Eigenthümliches Schicksal der nichtspeculativen, juristischen Verstandesbetrachtung, daß sie stets mit ihrem Stoff und ihren Quellen in den entschiedensten Widerspruch treten muß! Nicht weniger aber wie ihrem dogmatischen Stoffe

hat. Denn hiermit würde die Dauer des erblasserischen Willens nur einen Moment lang über seine natürliche Dauer hinaus verlängert, dann aber dennoch erlöschen sein. Soll also mit dem speculativen Begriff Ernst gemacht werden, und soll der von uns entwickelte Begriff wirklich die Seele des römischen Testaments sein, so müßte die wahre Bedeutung des Testaments nicht sowol darin liegen, daß eine Verfügung über die hinterlassenen Vermögenssachen getroffen, sondern darin, daß ein Willenssuccessor geschaffen ist, und beides müßte nur zufällig miteinander zusammenfallen, ebensowol aber auch sich trennen und auseinandertreten können, und gerade bei dieser Trennung müßte dann ganz deutlich hervortreten, wie die Bedeutung des Testaments nicht in der Verfügung über das Vermögen, sondern in der Hervorbringung einer Willenscontinuität besteht.

Und wie dies hier als ein Postulat des aprioriſchen Begriffs der Unendlichkeit des subjectiven Willens von der Seite seiner Dauer entwickelt worden ist, so kann ganz die entsprechende Consequenz auch aus

---

widerspricht jene Ansicht dem historischen Gange desselben; denn während das älteste, mit Gewißheit bekannte Recht, das Zwölftafelrecht, absolute Freiheit des Testirens gewährt und von jeder Rücksicht auf die Familienglieder entbindet, erkämpft sich das wirkliche Familienrecht (das Erbrecht der Cognaten) erst langsam und schrittweise und nur durch prätorische Hülfe in Rom seine Anerkennung (vgl. später über die querela inofficiosi, Nr. X). Und drittens ist das alte civile Intestaterbrecht — abgesehen von seinem subsidiären Charakter — etwas ganz anderes als ein Familienerbrecht in dem hierbei gemeinten Sinne, wie wir später sehen werden.

Um nichts richtiger als die geschilderte Ansicht ist aber jene von Gans, nach welcher das Intestaterbrecht zwar nicht das Principale des Erbrechts, und das testamentarische blos sein Surrogat, beide vielmehr einander gleich gegenüberstehende kämpfende und unversöhnte Gegensätze sind, deren Kampf die geschichtliche Entwickelung des Römischen Rechts ausmache, ein Dualismus, in welchem das Intestaterbrecht das substantielle Princip (die Seite der Familie), das testamentarische dagegen die leere Willkür darstelle. Es sind das alles lauter Gegentheile des Richtigen, wodurch die Bedeutung des Römischen Rechts und seiner Geschichte geradezu auf den Kopf gestellt wird.

Wir werden auf alle diese Punkte später näher zurückkommen, wenn erst die Grundlagen zu ihrer entscheidenden Lösung gelegt sein werden. Hier genügt es, gegen Gans darauf aufmerksam zu machen, daß der coordinirte und gleichberechtigte Dualismus, den er dem testamentarischen und Intestaterbrecht als ihre Stellung zueinander anweist, durch den römischen Hauptgrundsatz von der nur subsidiären Bedeutung alles Intestaterbrechts ebenso sehr widerlegt wird, wie die erste Ansicht. — Hier genügt es hervorzuheben, daß, wenn es römischer Hauptgrundsatz ist, das Intestaterbrecht habe nur subsidiäre Bedeutung, es somit der durchaus angemessene und absolut nothwendige Weg ist, zuerst das testamentarische Erbthum als den principalen Repräsentanten des Erbthums überhaupt zu entwickeln — und sich dann erst mit seinem Surrogat zu beschäftigen.

dem Inhalt des Willensbegriffs entwickelt werden. Soll die Unendlichkeit des subjectiven Willens das sein, was durch das Testament bewirkt wird, so kann die Willensinnerlichkeit des Testators ebenso wenig an dem Vermögen desselben seine Grenze haben, wie die Willensinnerlichkeit irgendeines lebenden Menschen an seinem Vermögen ihre inhaltliche Grenze hat. Der Wille ist vielmehr eine freie Innerlichkeit, die sich auf die gesammte Außenwelt als ihren Gegenstand bezieht, und das Vermögen eines Menschen bildet nur das unmittelbare Dasein und die schon vorhandenen realen Ausführungsmittel dieses Willens, aber nicht seine inhaltliche Grenze. Es müßte also, wenn der speculative Begriff in seinem Rechte sein soll, der Wille des Testators sowol über die Grenze seines Vermögens hinausgreifen, als sich überhaupt von demselben ganz trennen können, und es müßte sich daher auch von hier aus nicht nur die ideelle Bedeutung ergeben, daß, so paradox dies zunächst klingt, der Testator auf den Erben nicht sein Vermögen, sondern, auch wo beides zusammengeht, nur seinen Willen (und ersteres lediglich als Accessorium des letztern) vererbt; sondern es müßte sogar zur deutlichern Bestätigung dieser speculativen Wahrheit auch von hier aus wieder die reale Trennung und Auseinanderhaltung beider Momente auch thatsächlich eintreten können, und diese Trennung gerade das echtere und reinere, das specifische Verhältniß des Erbthumsbegriffs bilden.

Was in dem Vorstehenden als die strengen Consequenzen des aprioriſchen Begriffs entwickelt worden ist, das ist vorläufig aufs schärfste festzuhalten. Denn diese ganze entwickelte Ideenreihe, bis in ihre rigorosesten Folgerungen hinein, und besonders auch der zunächst so paradox klingende Satz, daß der Erbe nicht das Vermögen, sondern den Willen des Erblassers erbt, und daß deshalb auch beides, Erbthum und Vermögen, in reale Trennung auseinandertreten kann und selbst muß, ja sogar daß diese Trennung gerade das begrifflichreinere, echtere und specifischere und darum bessere Dasein des civilistischen Erbthums bildet, wird sich im Verlauf, und zwar sehr bald, als das Reale des römischen Erbrechts ergeben, und es wird sich zeigen, wie gerade nur hierin der wahre, stets übersehene Schlüssel zu dem Wesen des römischen Erbrechts liegt, ohne welchen das Verständniß desselben daher durchaus verschlossen und unzugänglich bleiben mußte. — Zunächst haben wir aber noch, ehe wir uns zu dem formalen und realen Testamentsrecht selbst wenden können, im Interesse systematischer Aufhellung eine Grundlage desselben zu betrachten.

II. Die sacra und ihre Beziehung zum Erbthum. Der Wechsel im Pontificalrecht.

Schon oben haben wir, als wir jenes intestabilis et sacer und jener unvergleichlichen Heiligkeit und Wichtigkeit gedachten, die der Römer dem Testament beimißt, als wir hierbei den Vergleich mit der Richtung des Aegypters auf sein Grabmal zogen, dessen Bereitung ihm als der hauptsächlichste Zweck seines Lebens erscheint, hierzu die Bemerkung gemacht (S. 19 und 20), daß von hier aus nun ein helles Licht auf die enge Verbindung fällt, in welcher das Testament mit den religiösen Ideen der Römer und speciell mit den sacris gestanden habe. Aber schon mit der ersten Begriffsentwickelung, schon mit dem Satze: „die römische Unsterblichkeit ist — das Testament", mußte die innere Nothwendigkeit und der bestimmte begriffliche Zusammenhang dieser Verbindung fühlbar zu Tage getreten sein.

Nach den bisherigen Auffassungen des Erbrechts war dies keineswegs der Fall. Zwar die Thatsache der Verbindung des Testaments mit der religiösen Substanz der Römer transspirirte von zu vielen Seiten her, der Zusammenhang der sacra mit demselben war durch zu viele Zeugnisse positiv überliefert, um nicht in dieser positiven Thatsächlichkeit anerkannt zu werden. Aber hierbei hatte es auch sein Bewenden. Nicht einmal die Frage nach dem bestimmten innern Grunde dieser so engen Verbindung wurde aufgeworfen. Und doch nimmt man es offenbar viel zu leicht, wenn man dieselbe als eine bei der Natur des testamentarischen Actes ganz selbstredende und keiner Erklärung bedürftige betrachtet!

Wenn Cicero fragt: „Denn was geht denn den Pontifex das Recht der Scheidemauern der Häuser, oder der Gewässer, oder überhaupt irgendeins an?"[1], so ist ebenso allen Ernstes weiter zu fragen: Was geht ihn das Testament an, wenn dieses doch nur eine Vermögensverfügung und das Erbrecht also ein Vermögensrecht, wie jene andere, bildet? Und es würde dann in der That das römische Pontificalrecht ebenso wenig angegangen haben, wie unser heutiges Testament, weil dieses wirklich eine Vermögensverfügung darstellt, mit unserm kirchlichen Rechte zu thun hat.[2]

---

[1] De legib., II, c. 19: quid enim ad Pontificem de jure parietum aut aquarum aut ullo omnino?

[2] Selbst das Kanonische Recht läßt sich auf das Erbrecht nicht ein, soweit es sich nicht um das Vermögen der eigenen Mitglieder der Kirche oder um ihr selbst

Wenn also Cicero daselbst fortfährt: „Also nur, was mit der Religion verbunden ist. Dies aber, wie viel umfaßt dies denn überhaupt? Die Bestimmungen über die sacra, denke ich, über die Gelübde, über die Feiertage, über die Gräber und was es etwa noch Derartiges gibt“[1], so war diese religiöse Verbindung von Testament oder Erbthum überhaupt und den sacris damals zwar dem unmittelbaren Gefühle jedes Hörers gegenwärtig, für heute aber bedarf sie eines theoretischen Nachweises ihrer innern Beschaffenheit und Nothwendigkeit, ein Nachweis, zu welchem die Elemente in dem Bisherigen bereits vorliegen.

Das römische Testament (resp. Erbthum überhaupt), sagten wir, ist die realisirte Unendlichkeit des subjectiven Willens.

Allein der Wille ist selbst wieder in sich unterschiedener Natur. Was in dem Willen das Unendliche ist, ist nicht der einzelne, bestimmte Willensact, sondern die durch jeden solchen Willensact hindurchgehende allgemeine Willenssubjectivität selbst, diese Fähigkeit des Wollens und Fürsichseins, also das Wesen des Willens, welches freilich auch in jeder einzelnen Willensäußerung zur Erzitterung gelangt. Nicht unendlich dagegen ist der einzelne inhaltliche Wille als solcher.

Dieser hat vielmehr in dem bestimmten endlichen Inhalt und Gegenstand, auf den er bezogen ist, die Nothwendigkeit seiner eigenen Endlichkeit und Vergänglichkeit. Der Wille will etwas in Bezug auf einen Gegenstand. Somit will er dies nur, so lange dieser Gegenstand existirt, und unter anderweitigen bestimmten Umständen. Mit diesen bestimmten Umständen und jedenfalls mit der Existenz dieses bestimmten und zufälligen Gegenstandes geht dieser Wille nothwendig wieder vorüber. Der Wille hat also in der Endlichkeit des bestimmten Inhalts, auf den er sich bezieht, die Nothwendigkeit seiner eigenen Endlichkeit. Jeder Wille ist sogar innerhalb der wollenden Willenssubjectivität selbst ein mit ihr nicht Gleichdauerndes, wieder Verschwindendes.

Jede bestimmte Willensäußerung ist also eine Schwingung, in welcher das Unendliche des Willens wol zur erklingenden Erzitterung, aber in dieser Aeußerung nicht zur Gleichheit mit seinem sich darin äußernden Wesen gelangt. Diese Aeußerung ist vielmehr immer ebenso eine Entäußerung und Verendlichung desselben.

---

vermachte Erbschaften und Legate (ad pias causas) handelt, und nur aus diesem directen Interesse sucht sie die Gerichtsbarkeit über die Testamente überhaupt an sich zu bringen und die Form derselben zu erleichtern, wie dies gut hervorgehoben ist in der Behandlung des Kanonischen Rechts bei Gans, Erbrecht, III, 135 fg.

[1] A. a. O.: „Ergo, quod cum religione conjunctum est. Id autem quantulum est? de sacris, credo, de votis, de feriis, de sepulcris et si quid ejusmodi est.“ Die nachfolgende Entwickelung wird von selbst hervortreten lassen, wie alles dies sacra, vota etc. etc. nur Momente Einer Begriffsreihe sind.

Einen Gegenstand aber gibt es nothwendig, auf welchen bezogen der Wille diese im Willensact ihm durch den endlichen Inhalt desselben widerfahrende Verendlichung seines unendlichen Wesens nicht erleidet. Es ist die Beziehung des Willens auf das rein Unendliche selbst, oder die Gottheit. Der hierauf bezogene subjective Wille ist nicht mehr sinnlicher und besonderer, dieser oder jener zufällige Wille, verschwindend mit der Zufälligkeit seines endlichen Gegenstandes. Vielmehr auf das Absolute selbst bezogen, tritt hier der subjective Wille in seiner idealsten, reinsten, vom Zufälligen des Stoffes befreiten, sich selbst gleichen Form heraus. Diese Beziehung des subjectiven Willens auf die Gottheit ist im Willen wieder das Bleibende des Willens. Mit andern Worten: In der Beziehung des subjectiven Willens auf die Gottheit ist der einzelne Willensact von derselben Idealität und Unendlichkeit, wie das Wesen des Willens, die allgemeine Willenssubjectivität selbst. Die Beziehung des Willens auf die Gottheit ist also diejenige einzelne Aeußerung des subjectiven Willens, in welcher derselbe in Gleichheit und Identität mit seinem sich äußernden Wesen, mit seiner eigenen Unendlichkeit verbleibt, eine Schwingung, in deren Erklingung die Substanz des Willens nicht blos zum Erzittern, sondern zum vollen Austönen ihrer Unendlichkeit, zu einem dem Willensbegriff adäquaten Dasein gelangt. Jede Beziehung des subjectiven Willens auf die Gottheit ist also, obwol einzelner, bestimmter Willensact, dennoch um der adäquaten Form willen, in welcher der Wille sich hier realisirt, oder resp. was von diesem der Grund ist, um der Unendlichkeit des Gegenstandes willen, auf den sich der subjective Wille hier bezieht, identisch und auf gleicher Linie stehend mit dem Dasein dieser Willenssubjectivität überhaupt.

Jetzt muß aber der innere Zusammenhang von sacra und Erbthum bereits in vollster Evidenz stehen. Denn es bedarf nunmehr zu seiner Heraushebung nur noch der beiden folgenden von selbst klaren Sätze: Die Beziehung des subjectiven Willens auf die Gottheit — das in Bezug auf den Gott Gewollte — ist das *votum*. Und die Realisation der vota sind die dem Gotte gestifteten *sacra*.

Daher die Nothwendigkeit, daß die sacra privata, und zwar gerade wieder die *sacra singuli hominis*[1], die von dem einzelnen Sub-

[1] Siehe Festus, v° Publica sacra, p. 245 ed. Müller ... at privata, quae pro *singulis hominibus*, familiis, gentibus fiunt. Sehr richtig weist Savigny nach (Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, II, 383 fg.), daß diese Familiensacra auf einem bloßen Irrthum des Festus beruhen und es keine andern sacra privata gegeben hat als die sacra *singuli hominis* — von denen auch die angezogene und bald näher zu betrachtende Stelle des Cicero ausschließlich handelt — und die sacra gentilitia.

ject dem Gotte für *seine Person* gemachten Stiftungen, eine von dem Erbthum unzertrennliche Grundlage desselben bilden. Sie *müssen* dieselbe bilden, denn beide sind, wie wir gesehen haben, *nur ganz und gar dasselbe*: die realisirte Willensunsterblichkeit!

Die ideale Beziehung, welche sich der subjective Wille in den votis[1] und sacris zur Gottheit gegeben hat, soll perpetuirt werden, wie das Erbthum die Existenz dieser Willenssubjectivität selbst perpetuirt. Und jene Beziehung *muß* perpetuirt werden, wenn und so lange von einer *Fortexistenz* dieser Willenssubjectivität (Erben) die Rede sein soll; denn, als Beziehung des subjectiven Willens auf das Unendliche selbst, enthält sie das Unendliche, wie es *für diesen* Willen vorhanden ist, und also — da hier ja vom *subjectiven* Willen die Rede ist, dessen Sein in seinem *Fürsichsein* besteht — das wahrhaft *Unendliche dieses subjectiven* Willens. Oder, wie wir vorher sagten, die Beziehung des subjectiven Willens auf die Gottheit ist *im* Willen wieder das *Bleibende* des Willens, oder das *Allgemeine* im Willen, und also identisch mit dem Dasein dieser Willenssubjectivität selbst. Letztere kann also nicht nach dem Tode fortdauern, die Unendlichkeit des subjectiven Willens nicht realisirt sein, wenn nicht auch die einzelnen Beziehungen, die er sich auf die Gottheit durch vota und sacra gegeben hat, ins Unendliche fortdauern. Darum sagt Cicero, die Wissenschaft

---

[1] . . . *voti* enim obligationem ad heredem transire *constat;* Ulpian, L. 2, §. 2, de pollicit. (50, 12). Hier bereits kommt es zum Klappen, daß die Substanz des Erbthums nicht das *Vermögen*, daß es nicht die „*vermögensrechtliche* Persönlichkeit" des Erblassers ist, die auf den Erben übergeht. Denn wie könnte dann der blos ideale Schwur, den der Erblasser Gott ablegt, wie könnte dies rein persönliche innere Verhältniß, aus welchem für niemand Vermögensrechte entstehen, auf den Erben übergehen? Mit einer durchaus richtigen, hoch anzuerkennenden Consequenz lehrt daher Hugo Grotius, weil er (s. oben S. 11) sich zu der Lehre von dem Uebergang der blos „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" auf den Erben bekennt, daß durch den blos Gott abgelegten Schwur der Erbe *nicht* verpflichtet werde, a. a. O., II, Kap. 13, §. 17, S. 460, frankfurter Ausg. von 1696: „Verum illud notandum est, quoties non personae jus nascitur ex tali aliquo defectu, qualem diximus, sed *Deo obstringitur fides*, heredem ejus qui juravit *non teneri.* Quia ad heredem *sicut bona transeunt*, id est quae in *hominum sunt commercio, ita bonorum onera;* non item alia quae quis ex officio, puta pietatis, gratiae, fidei debuit. Haec enim ad illud quod stricte *jus* dicitur inter homines non pertinent, ut alibi quoque ostendere meminimus." Hierbei hat nun aber Grotius, wie Ulpian constatirt, *alle römischen Juristen* sich gegenüber. Die Nachfolger von Grotius aber, die, trotzdem sie dieselbe Lehre von dem Uebergang der „vermögensrechtlichen" Persönlichkeit aufstellen, ihm in diesen Conflict hinein zu folgen vermeiden, ermangeln darin sehr der hohen begrifflichen Kraft und Consequenz ihres großen Vorgängers.

der sacra fasse sich in den Einen Satz zusammen: *ut sint perpetua*[1], gerade wie wir oben sagten, der Begriff des römischen Erbthums fasse sich in den Einen Satz zusammen, daß der subjective Wille ins Unendliche als fortexistirend perpetuirt werde.

Von der entwickelten Grundidee der sacra privata aus begreift sich nun alles sie Betreffende[2]; wir aber haben es hier nur mit dem zu thun, was unmittelbar zu unserm Gegenstande gehört.

So mag zunächst erwähnt werden, wie durch das Gesagte zuvörderst eine Bestimmung in völlige Klarheit tritt, die bisher ganz unbegreiflich bleiben mußte. Der römische filius familias kann sich bekanntlich aus allen Gründen gültig obligiren, und kann sogar, als ob er pater familias wäre, sofort eingeklagt werden.[3] Durch das Votum aber, das der Sohn ohne den Willen des Vaters gelobt, wird er nicht verpflichtet. Ulpian[4]: „... filius enim familias vel servus sine patris dominive auctoritate voto non obligatur." Wenn dies sonst eine unbegriffene „singuläre Ausnahme" darstellen mußte[5], um so mehr, als ja der filius auch durch jede gewöhnliche Pollicitation[6], durch die ein pater familias verpflichtet wird[7], gleichfalls obligirt wird, und nur gerade durch die stärkere Pollicitation des Votums nicht verpflichtet werden soll, so muß diese Befremdlichkeit jetzt fortgefallen sein. Denn das Votum, wie wir gesehen haben, als die Beziehung, die sich der subjective Wille auf das Unendliche gibt, ist selbst das Setzen des Verhältnisses, welches für diesen subjectiven Willen zum Unendlichen vorhanden sein soll, und also selbst das Herausfetzen seiner eigenen fürsichseienden Unendlichkeit und gleichbedeutend mit dem Fürsichsein dieser Willenssubjectivität überhaupt. Dieses Setzens seiner fürsichseienden Unendlichkeit oder des Votums kann daher nur der fähig sein, welcher bereits eine für sich seiende Willenssubjectivität ist, und somit nicht der in der Gewalt stehende Sohn,

---

[1] De leg., II, 19: Cur igitur haec tanta facimus, cum caetera perparva sint; de sacris autem, qui locus patet latius, haec sit una sententia, ut conserventur *semper* et deinceps familiis prodantur et, ut in lege posui, *perpetua* sint sacra.

[2] Z. B. jetzt auch die „detestatio sacrorum", welche der Adoption vorhergehen mußte und über welche der Rechtsgelehrte Servius Sulpicius ein Werk schrieb. Aul. Gellius, Noct. att., lib. VI, c. 12.

[3] L. 39 de o. et a. (44, 7): Filius familias ex omnibus causis tanquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest. — L. 57 de jud. (5, 1); L. 141, §. 2, de v. o. (45, 1) etc.

[4] L. 2, §. 2, de pollicit. (50, 12).

[5] Savigny, System, II, 54, Note f.

[6] Denn ex omnibus causis wird er verpflichtet, s. Anm. 3.

[7] Vgl. den Digestentitel de pollicitationibus (50, 12).

welcher das Fürsichsein seiner Willensunendlichkeit noch in einem Andern, dem Vater, hat und also die Unendlichkeit der subjectiven Willensinnerlichkeit noch gar nicht erreicht hat.[1]

Durch die nachgewiesene Identität der sacra und des Erbthums, welche beide nur den Ausdruck, jene in der religiösen, dieses in der privatrechtlichen Sphäre, derselben Grundidee, der Fortdauer des subjectiven Willens bilden, ist aber natürlich nicht nur die Nothwendigkeit von der Perpetuität der sacra, sondern, da beide eben identisch sind, ihre unzertrennliche Verbindung mit der Qualität des Erben gegeben, der sie anhaften.[2] Es ist gleichwol für unser Thema von Interesse, die Worte zu betrachten, mit welchen Cicero die Frage zu beantworten beginnt, wer zu den sacris verpflichtet sei: „Heredum causa justissima est[3]; nulla est enim persona, quae ad vicem ejus qui e vita emigravit proprius accedat." „Der Erben Verpflichtung ist die gerechteste; denn keine Person gibt es, welche der Rolle dessen, der aus dem Leben schied, näher stünde." So abstract richtig also auch Valerius Maximus[4] die Zeugung das „engste Band zwischen den Men-

[1] Wie sich dies später durch die Entwickelung des römischen Familienbegriffs beim suus deutlich zeigen wird. Daselbst wird auch klar werden, warum der Sohn andere Obligationen gültig eingehen können muß.

Uebrigens folgt aus dem Obigen auch der Grund des Unterschiedes in der Behandlung der Pollicitationen und des Votums, sowol in Bezug auf den Votirenden selbst, als auf den Erben. Das Votum ist im juristischen Sinne eine pollicitatio sine causa. Die pollicitationes sine causa verbinden nicht, weder den Versprechenden noch dessen Erben (Ulpian, L. 1, §. 1 u. 2, de pollic., 50, 12), wol aber die Vota; Ulpian, L. 2 daf.: Si quis rem aliquam voverit, voto obligatur. Und zwar darf man dies sich nicht so erklären, als wäre die Sache, welche den Gegenstand des Votums bildet, durch das Gelübde geweiht. Das Verhältniß bleibt vielmehr ein rein persönliches und die Sache wird nicht zur res sacra. Ulpian, a. a. O.: „Quae res *personam voventis*, non *rem*, quae vovetur, obligat; res enim quae vovetur, soluta quidem liberat vota, ipsa vero sacra non efficitur." Ebenso heißt es in Bezug auf das Erbrecht beim Votum: . . . voti enim obligationem *ad heredem transire* constat (Ulpian, §. 2, a. a. O.), während der Erbe eine solche Verpflichtung in Bezug auf die pollicitatio sine causa, wo kein Anfang von Ausführung da ist, natürlich so wenig wie der Votant selbst hat und selbst bei einem Anfang von Ausführung sich dieser Verpflichtung durch Ueberlassung des fünften, resp. zehnten Theils der Erbschaft entziehen kann; s. Modestinus, L. 9 eod. tit.; vgl. L. 14 daf.

[2] Und bekanntlich starrten die Erbschaften von sacris so, daß sich, wie wir aus Festus (v° sine sacris her., p. 290, ed. M.) wissen, die Redensart: sine sacris hereditas als sprichwörtliche Bezeichnung für ein seltenes, ungetrübtes Glück bilden konnte.

[3] A. a. O., II, Kap. 19.

[4] Siehe oben S. 10 fg.

schen" nennt — Ein Band gibt es dennoch für den Römer, welches auch dieses an Nähe noch schlägt und überwindet, das Band des Erbthums. Keiner steht dem Verstorbenen näher als der Erbe, und wenn Sohn und Erbe auseinander fallen, wie dies rechtlich zulässig und bekanntlich in Rom so häufig der Fall war, so steht also der Erbe dem Todten näher als der Sohn. Diese Anschauung aber, die es allein hervorbringen konnte, daß die sacra nicht auf den Sohn, sondern auf den Erben übergehen, kann nach unserer Entwickelung des römischen Erbbegriffs nicht im geringsten mehr wundernehmen. Denn der Erbe ist geistige Willensidentität mit dem Verstorbenen, ist der Continuator seiner Willenssubjectivität, eine Identität, gegen deren Innerlichkeit sich die blos natürliche Blutsidentität des Sohnes als das Schwächere und nur Sinnlich-Zufällige, dem Geiste Fremde bestimmt. Der Erbe ist der durch einen geistigen Zeugungs- und Identificationsproceß, den wir später näher betrachten werden, geschaffene Sohn.

Es ist nie gerathen, ganz unzweifelhafte Resultate, wenn auch nur scheinbar, dadurch abzuschwächen, daß man ohne eine hierzu vorliegende Nothwendigkeit sie mit andern Punkten von vielleicht weniger unbedingter und zweifelloser Natur zusammen behandelt und durcheinanderwirft.

Es ist daher hier einstweilen nicht am Ort, die sehr dunkle und durch alle Bemühungen der Ausleger von Balduinus bis Savigny[1] noch durchaus nicht hinreichend aufgehellte Stelle Cicero's, deren Anfang wir betrachtet haben, in ihrem weitern Verlauf (De leg., II, 19—22) und in den Einzelheiten desselben zu zergliedern.

Wir wollen uns also mindestens nicht hier[2] darauf einlassen, die beiden Theorien des pontificalen Rechts über die Frage, wer zu den sacris verpflichtet sei, die ältere und die neuere, die Cicero daselbst einander gegenüberstellt in ihren einzelnen Bestimmungen zu betrachten, zumal diese ja nur die Frage betreffen, wer noch, sei es außer dem Erben, sei es überhaupt nur subsidiarisch, wenn kein Erbe da sei, zu den sacris verpflichtet sei, und sich also bereits von unserm eigentlichen Gegenstande, dem Erbthum, zu entfernen anfangen.

Aber die Hauptachse, auf welcher daselbst die gesammte Argumentation des Cicero gegen die von den beiden Scävola in das Pontificalrecht gebrachte Neuerung beruht, muß schlechterdings hier noch hervorgehoben werden. Denn sie hängt einerseits noch untrennbar mit unserm Gegenstand zusammen, und andererseits ergibt sie sich noch mit der

---

[1] Siehe dessen Aufsatz in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft (Berlin 1816), II, 362 fg.

[2] Wir werden dieser Aufgabe vielmehr die selbständige Nr. III widmen, und sie so von dem Vorhergehenden und Nachfolgenden auch äußerlich abscheiden.

unzweifelhaftesten Gewißheit aus den ausdrücklichen Worten Cicero's selbst. Gleichwol ist gerade sie, während man sich immer vorzugsweise mit den einzelnen Fällen beschäftigte, in welchen die Abweichung der beiden Theorien hervortritt, nie mit hinreichendem Nachdruck hervorgehoben worden, weshalb dann auch die aus ihr sofort resultirenden Folgerungen nicht gezogen wurden.

Diese Hauptachse aber, welche dem von Cicero gegen die beiden Scävola erhobenen Vorwurf, das pontificale Recht durch ihre Neuerungen verdorben zu haben, zu Grunde liegt, und die von Cicero auch ausdrücklich so bezeichnet und als das Princip hingestellt wird, aus welchem die Unterschiede in den einzelnen Bestimmungen der neuen und ältern Theorie nur ein nothwendiger Ausfluß seien, ist folgende: Nach der alten Theorie seien die *sacra* mit dem Vermögen nicht verbunden gewesen, durch die Scävola erst sei dem Grundsatz Eingang verschafft worden, daß die sacra an das Vermögen geknüpft sein und mit ihm übergehen sollten, und hiervon seien die Verschiedenheiten in den einzelnen Sätzen beider Theorien über die Verpflichtung zu den sacris nur die einfache Folge. Die Ausdrucksweise Cicero's ist hierin so positiv, wie nur irgendmöglich: „Videtis igitur — sagt er — *omnia pendere ex uno illo* quod Pontifices *pecuniam sacris conjungi volunt.*" „Ihr seht also, daß Alles (d. h. alle die von ihm vorher betrachteten Unterschiede in den einzelnen dogmatischen Bestimmungen beider Theorien) aus diesem Einen herfließt, daß die Pontifices wollen, die *sacra* sollen mit dem Vermögen[1] verbunden sein." Und später nochmals: „Nam *sacra cum* pecunia, Pontificum auctoritate, *nulla lege*, *conjuncta sunt.*" „Denn die sacra sind mit dem Vermögen nur durch die Autorität der Pontifices, aber durch kein Gesetz verknüpft."[2]

Wenn die principielle Neuerung, welche die Scävola hervorbringen, somit darin besteht, daß die sacra mit dem Vermögen verknüpft sind und übergehen, so muß somit eine Zeit gewesen sein — und dies ist eben,

---

[1] Pecunia heißt hier (wie Savigny in der Zeitschrift a. a. O., S. 363, Note 3 bereits bemerkt), wie in vielen Stellen, nicht baares Geld, sondern alles, was im Eigenthum ist; vgl. Festus, v° pecunia, L. 5 pr.; L. 178 pr.; L. 222 D. de v. s. (50, 16).

[2] Und in dieser Verknüpfung sieht Cicero einen solchen Verderb des pontificalen Rechts der sacra, daß er sagt: „Civilis enim juris scientia, Pontificium quodammodo *tollitis.*" Und: „Itaque si vos tantummodo Pontifices essetis, *Pontificalis maneret auctoritas;* sed quod iidem juris civilis estis peritissimi, *hac scientia illam eluditis.*" Warum er einen so totalen Verderb darin erblickt, wird wol schon aus dem hier weiter Folgenden deutlicher, zu völliger Klarheit aber erst in Nr. III kommen.

wie Cicero sagt, die Zeit der alten Theorie —, wo die sacra nicht mit dem Vermögen übergingen, wo also die *sacra* und das Vermögen des Erblassers in reale Trennung auseinandertreten konnten. Das Erbthum aber, die civile hereditas, und die sacra konnten niemals auseinandertreten, nicht einmal nach der neuen Theorie, wo der Erbe immer noch der primo loco Verpflichtete bleibt, geschweige denn nach der alten. Erbqualität und *sacra* fallen also immer zusammen. Wenn dennoch eine Zeit war, wo *sacra* und Vermögen nicht miteinander gingen, so scheint also schon hier die erste textmäßige Hindeutung — die wir einstweilen nur für eine ganz schwache, umflorte ausgeben wollen, da darüber ohnehin die positivsten Beweise später zu Gebote stehen — vorhanden zu sein, daß es eine Zeit in Rom gegeben haben muß, wo innerhalb des *jus civile* Erbthum und Vermögensanfall an und für sich unabhängige Begriffe voneinander sind, und auch der Sitte nach realiter in Spaltung auseinandertreten, und daher der wirklich antretende Erbe[1], der hierdurch also mit den *sacris* belastet wurde, nichts von dem Vermögen des Erblassers zu erhalten pflegte.

III. Die sacra und die beiden Theorien derselben in der Stelle des Cicero, De leg., II, 19—21. — Die historische Entwickelung der Sacraltheorie.

Wir behandeln jetzt jene dunkle Stelle des Cicero und die beiden Sacraltheorien, die in ihr zu Tage treten, nachfolgend in einer selbständigen Nummer, weil, wie sehr das Folgende bei der innern Identität von sacra und Erbthum auch in innigem, es doch in keinem untrennbaren Zusammenhange mit unserm Gegenstande steht, und wir so dem sich für die archaistisch-religiösen Zusammenhänge des römischen Erbthums weniger

---

[1] Wir sagen: der wirklich antretende Erbe, um das Misverständniß zu vermeiden, als nähmen wir hier etwa das Wort „Erbe" in dem Sinne, wie man den gesetzlichen Intestaterben, der aber durch einen testamentarischen Erben (oder auch durch einen bonorum possessor) geschlagen wird, der Kürze halber uneigentlich einen „Erben" nennt, hierunter aber nur einen solchen verstehend, der nach dem Civilrecht zum Erben geworden wäre, wenn nicht ein testamentarischer Erbe oder ein bonorum possessor da gewesen wäre. Ein solcher ist natürlich nicht Erbe, was er nur durch die wirkliche Adition wird, sondern hätte es nur sein können, und ist natürlich auch gar nicht zu den sacris verpflichtet, die nur durch die reelle hereditas (die wirklich angetretene) auf ihn übergehen.

interressirenden Leser die Möglichkeit gewähren wollen, unmittelbar zu Nr. IV überzugehen, um sich unserer Behandlung des juristischen Erbrechts im engern Sinne schneller zu nähern, zumal wir hier manches (z. B. über die Bedeutung der bonorum possessio) voraussetzen müssen, was sich uns erst später erweisen kann. — Wir wollen zugleich durch diese abgetrennte Behandlung markiren, daß, wie zwingende Evidenz wir auch unserer Interpretation der Ciceronianischen Stelle geben und zu welchem sprechenden Documente über die historische Entwickelung der Sacraldogmatik wir sie auch erheben zu können glauben, dennoch hierin von unserer Ansicht abgewichen werden kann, ohne daß dadurch im geringsten unsere Lehre vom Erbrecht überhaupt beeinträchtigt würde.

Die beiden Theorien, die Cicero einander entgegenhält, lauten also, zuerst die neuere, wegen deren Einführung er die Scävola so hart angreift: „Heredum causa justissima est . . . *Deinde* qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes. Id quoque ordine; est enim *ad id, quod propositum est, accommodatum*. Tertio loco, *si nemo sit heres*, is qui de bonis, quae ejus fuerint cum moritur, usu ceperit plurimum possidendo. Quarto, *si nemo sit*, qui ullam rem ceperit de creditoribus ejus qui plurimum servet. Extrema illa persona est, ut, si qui ei, qui mortuus sit, pecuniam debuerit, neminique eam solverit, proinde habeatur, quasi eam pecuniam ceperit."

Nun wendet sich Cicero zu der ältern Theorie: „Haec nos a Scaevola didicimus; non ita descripta ab antiquis. Nam illi quidem *his verbis* docebant: tribus modis sacris adstringi: hereditate; *aut*, si majorem partem pecuniae capiat; *aut*, si major pars pecuniae *legata* est, si inde quippiam ceperit." Constatiren wir zunächst Folgendes: Die jüngere Theorie enthält fünf Fälle, die ältere blos drei, jene also nicht blos eine Abänderung, sondern auch eine Vermehrung der Bestimmungen. Ferner aber besonders: Nicht nur eine Abänderung und Vermehrung der Bestimmungen, sondern auch eine Verschleifung ihrer Reihenfolge liegt vor. Der zweite Fall in der jüngern Theorie tritt an die Stelle des dritten Falls in der ältern Theorie, und der dritte Fall in der jüngern Theorie an die Stelle des zweiten Falls in der ältern. Daß dies so ist, ist freilich ganz klar und wird auch von Savigny in seiner Behandlung beider (a. a. O., S. 366, 367) anerkannt. Um Grund und Bedeutung dieser Verschleifung bekümmert sich aber Savigny nicht, während gerade in ihnen, wie sich zeigen wird, ein erheblicher Aufschluß über das Verhältniß beider Theorien und über den Sinn ihrer Bestimmungen liegt.

Um nun die jüngere Theorie und ihr Verhältniß zur ältern zu

verstehen, ist es nöthig, nicht, wie man, weil dies der zufällige Fortgang bei Cicero ist, bisher stets gethan hat, mit der jüngern Theorie anzufangen, sondern umgekehrt erst selbständig den Sinn der ältern, einfachern zu erfassen, woraus sich dann erst die zweite (jüngere) Theorie und ihre Neuerung begreifen wird. Die ältere Theorie also sagt: Zu den sacris wird man verpflichtet: *hereditate*, durch Erbschaft; *aut*, si majorem partem pecuniae capiat; „oder" — d. h. wenn kein Erbe (Civilerbe, wie heres in der ganzen Stelle, wie Savigny bereits bemerkt, nur heißen kann) da ist (*si nemo sit heres*, wie es in dem entsprechenden dritten Falle der jüngern Theorie heißt) — „wenn einer den größern Theil des Vermögens nimmt". Savigny bestimmt bereits richtig, daß mit diesem Fall die prätorische bonorum possessio, resp. wenn weder civile noch prätorische Erben da waren und das Vermögen herrenlos wurde, die Usucapion der Erbschaft gemeint war (Savigny, a. a. O., S. 368 fg., 373 fg.). Nun der dritte und letzte Fall: *aut*, si *major pars* pecuniae legata est, si inde quippiam ceperit; „oder, d. h. also immer noch, wenn kein Erbe (Civilerbe) da ist, falls der größere Theil des Vermögens einem legirt wurde, wenn der Legator davon etwas genommen hat". Hier also tritt der Irrthum Savigny's ein, welcher, durch den entsprechenden zweiten Fall der jüngern Theorie verführt, meint, daß hier der Legatar aus einem civilistischen Testamente neben dem civilistischen Erben verpflichtet werden soll (a. a. O., S. 366 fg.), oder der Irrthum der frühern Interpretatoren, welche meinten, daß dieser Legatar aus dem civilistischen Testament sogar allein verpflichtet sein und den Civilerben befreien sollte. Beide Ansichten gehen von dem gemeinsamen Grundirrthum aus, daß in diesem dritten Fall der ältern Theorie das Dasein eines Civilerben unterstellt wird, während umgekehrt im dritten wie zweiten Falle der ältern Theorie gleichmäßig unterstellt wird: wenn überhaupt kein Civilerbe da sei (si nemo sit heres), also der Legatar bei einer prätorischen bonorum possessio gemeint ist. Alles hängt für unsere Ansicht von diesem Fundamentalpunkt ab, zuvor ganz festzustellen, daß auch der dritte Fall die Unterstellung enthält, daß gar nicht nach Civilrecht geerbt wird.

Aber bei genauerer Betrachtung kann man ja gar keiner andern Ansicht sein! Denn daß schon der durch das erste *aut* eingeführte zweite Fall die ausschließende Voraussetzung: „wenn keine civile hereditas eintritt" (si nemo sit heres), in sich enthält, ist sowol sprachlich klar (in der jüngern Theorie, wo sich der erste und zweite Fall nicht ausschließen, fährt daher Cicero auch nicht mit aut, sondern mit *deinde* fort), als besonders durch den realen Inhalt dieses zweiten Falles unumstößlich. Denn dieser besteht ja nach Savigny selbst darin: wenn durch bonorum possessio oder Usucapion Einer den größern Theil des

Vermögens nimmt. Dies ist ja aber nur dann möglich, wenn überhaupt kein Civilerbe da ist, resp. was wir hierunter natürlich einbegreifen und damit ganz identisch ist, wenn etwa der zum Civilerbthum Befähigte durch den bonorum possessor geschlagen würde, wo ja dann immer nicht nach Civilrecht geerbt wird. Ist somit schon durch das erste aut (durch den zweiten Fall) das Dasein einer civilen hereditas ausgeschlossen, ist also zu übersetzen — wie dies ja in dem ausdrücklichen si nemo sit heres des diesem Falle entsprechenden dritten Falles der jüngern Theorie deutlich heraustritt —: „durch Erbschaft, oder, falls civile Erbschaft nicht stattfindet, wenn einer die größere Hälfte des Vermögens erwirbt", so ist ja logisch unmöglich, bei dem zweiten aut, ohne daß dies von Cicero durch irgendein Wort angedeutet wird, den ausschließenden Sinn des ersten aut durch das fortfahrende zweite aut als aufgehoben zu denken. Das dort schon Ausgeschlossene bleibt vielmehr ausgeschlossen, das dort Vorausgesetzte bleibt vorausgesetzt, und das zweite aut introducirt nur eine neue Ausschließung und Abstufung innerhalb des durch das erste aut eingeführten zweiten Falles.

Wir werden dies bald noch stärker beweisen. Ueberschauen wir zunächst nun das Ganze der ältern Theorie, wie sie sich nach dieser Auffassung jetzt ergibt. Man wird also zu den sacris verpflichtet zuvörderst durch Civilerbschaft, und deren Verpflichtung ist die absolute und ausschließende, sodaß, insofern nur irgend civiles Erbthum eintritt, kein Anderer, kein Legatar, er bekomme so viel er wolle, und der Erbe so wenig er wolle, neben ihm oder außer ihm verpflichtet wird. Tritt aber gar keine hereditas ein, so soll nun der prätorische bonorum possessor verpflichtet sein (resp. der Usucapient), aber nur dann, wenn sein Erwerb mehr als die Hälfte der Hinterlassenschaft umfaßt. Fällt dagegen dem bonorum possessor nur weniger als die Hälfte der Hinterlassenschaft anheim, indem mehr als die Hälfte derselben einem Legatar auf Grund der tabulae herauszugeben ist, so soll dieser Legatar, wenn er das Legat nicht verschmäht, zu den sacris verpflichtet sein.

Man sieht, welche geschlossene innere Uebereinstimmung diese Lehre bei dieser Auffassung empfängt. Wenn hereditas eintritt, ist nur der Erbe verpflichtet, denn seine Verpflichtung ist die begrifflich adäquate, die causa justissima. Er ist Willenscontinuator. Wenn die Stelle dieser begrifflich-adäquaten Verpflichtung also ausgefüllt ist, so kann es zu gar keiner Verpflichtung für einen Andern mehr kommen, die überhaupt nur subsidiarischer Natur, nicht dem strengen Geist des jus civile entflossen wäre. Erst wenn diese Stelle gar nicht besetzt ist, wenn gar nicht civiliter geerbt wird, beginnt die subsidiarische Aushülfe.

Weil aber der sogenannte prätorische Erbe, der bonorum possessor, kein Erbe ist, so tritt seine subsidiarische Aushülfe nur dann ein, wenn er mindestens für sich allein einen solchen Zusammenhang in dem Vermögen des Verstorbenen repräsentirt, daß er allein mehr erhält als alle andern Personen, die aus der Hinterlassenschaft erwerben, zusammengenommen. Diese Beschränkung ist dem Gedanken, auf welchem diese subsidiarische Aushülfe beruht, höchst consequent entflossen. Denn da der bonorum possessor kein Willensfortsetzer des Erblassers ist[1], ihm die Verpflichtung vielmehr nur durch das Vermögen, das er erhält, auferlegt wird, so muß ihm dieses wenigstens in einem solchen überwiegenden quantitativen Maße zufallen, daß noch der Widerschein der frühern Willensherrschaft in des possessors Verhältniß zu dem Vermögen durch den Zusammenhang, in dem er es besitzt, zu erkennen ist. Er muß es also mindestens in einem solchen Totalitätsverhältniß bekommen, daß sich der Rest desselben ihm gegenüber nur als einzelne Stücke betrachten läßt, also über die Hälfte. Denn sonst wäre nicht mehr abzusehen, warum nicht jeder, der auch nur ein einzelnes Stück aus dem Vermögen erhält, also jeder beliebige Legatar, zu den sacris verpflichtet sein solle. So begreift sich auch erst, wie so unter der gleichen Bedingung auch die Usucapion (pro suo wie pro herede) ebenso gut wie die bon. poss. zu den sacris verpflichten kann. Allein durch die bisherige Erörterung ist nun auch die Bestimmung des dritten Falls mit Nothwendigkeit gegeben. Wie nämlich, wenn zwar bon. poss. eintritt, durch die Tafeln aber ein Legatar ein Legat erwirbt, welches über die Hälfte des Vermögens umfaßt? Der bon. poss. kann hier nicht mehr verpflichtet sein; das folgt schon mit dürren Worten aus der Bestimmung des zweiten Falls, da er ja nun weniger als die Hälfte erhält. Aber ebenso folgt jetzt aus dem Geiste dieser Bestimmung, daß jetzt der Legatar mit demselben Rechte verpflichtet sein muß, mit welchem es der bon. poss. im zweiten Falle war. Der Legatar ist freilich bloßer Singularsuccessor. Aber Erbe ist der bon. poss. ebenso wenig. Auch die bon. poss. ist (s. hierüber später) zum Unterschied vom Erbthum eine bloße Vermögenszuwendung und in dieser Hinsicht also dasselbe, was das Legat ist. Konnte dem bon. poss. durch die bloße Vermögensübernahme (und ebenso dem Usucapienten) die Verpflichtung der sacra zufallen, wenn er das Vermögen in dem erörterten Umfange übernahm, daß durch seinen Zusammenhang der Widerschein der frühern Willensherrschaft noch zu erkennen war, — nun, so muß dasselbe auch aus dem gleichen Grunde für den im gleichen Falle befindlichen Legatar gelten. Denn Willensfortsetzer ist der bon. poss.

[1] Siehe über die Bedeutung der bonorum possessio später sub Nr. V.

so wenig wie er, Vermögensnehmer er aber so gut, wie der bon. possessor. Jetzt erst wird auch klar, wie so auf einen bloßen Legatar die sacra überhaupt übergehen können. Hätte man nicht die Gewohnheit, gerade die schwierigsten Fragen lieber unaufgeworfen zu lassen, so hätte diese Frage bisher für unlösbar erscheinen müssen. Denn der bon. poss. ist immerhin ein Universalsuccessor wie der Erbe. Von ihm also konnte seine Verpflichtung zu den sacris plausibel erscheinen. Der Legatar ist aber doch immer nur Singularsuccessor. Wie das Legat aber, von dem uns die römischen Juristen, Ulpian, Gajus, die Institutionen, immer so sorgfältig hervorheben, daß es eigentlich nichts mit dem Erbrecht zu thun habe, daß es, weil es keiner jener juris figurae sei, durch welche per universitatem erworben wird, nur zu den Civilerwerbsarten einzelner Sachen gehöre, dennoch trotz dieses seines Charakters dazu kommen könne, eine Verpflichtung zu den sacris — also eine so rein persönliche und nur auf dem Verhältniß zu der *universitas juris* des Erblassers beruhende Verpflichtung — in irgendwelcher Weise begründen zu können, dies mußte bei dem totalen Gegensatz zwischen Universalsuccession und Singularerwerb als der höchste innere Widerspruch erscheinen. Jetzt ist aber derselbe in gedoppelter Weise gelöst. Denn einmal hat sich gezeigt, daß, sofern Civilerbschaft eintritt, in der That von keiner Verpflichtung eines noch so reich bedachten Legatars die Rede sein kann, weder von einer den Erben befreienden, wie die ältern Ausleger wollen, noch von einer neben der Verpflichtung des Civilerben herlaufenden, wie Savigny will. Insoweit existirt also jene Befremdlichkeit gar nicht. Insoweit aber subsidiarisch, wenn gar nicht Civilerbschaft, sondern bon. poss. stattfindet, diese Verpflichtung für den in jenem Maße bedachten Legatar eintritt, so weit hat sie sich jetzt auch befriedigend erklärt. Denn es hat sich gezeigt, wie diese subsidiäre Verpflichtung eines solchen Legatars durch die schon im zweiten Falle ausgesprochene Verpflichtung des bon. poss. selbst vermittelt ist, da ein solcher Legatar begrifflich genau in derselben Lage ist, wie der über die Hälfte erwerbende bon. poss. (oder Usucapient) des zweiten Falls, und also, wenn und nachdem man sich einmal entschlossen hatte, falls Civilerbschaft nicht eintrat, dem über die Hälfte erwerbenden bon. poss. oder Usucapienten die sacra aufzuerlegen, man auch genöthigt war, dem trotz alles Gegensatzes von Universal- und Singularsuccession doch in ganz gleicher Lage, wie jener possessor, befindlichen Legatar über die Hälfte ebenso zu behandeln. Zugleich muß schon hier ein heller Blick darauf gefallen sein, daß — was erschöpfend erst später sich nachweisen wird — der ganze Gegensatz von erbrechtlicher Universalsuccession und Singularsuccession nur ein unbegrifflicher und ungelenker Ausdruck ist für den wahrhaften, darin verborgenen begriff-

lichen Gegensatz von: Willensfortsetzung und Sacherwerb. Besonders bei der Entwickelung der Legatenlehre wird dies aufs genaueste bewiesen werden. Der Gegensatz zwischen dem Civilerben, der Willensfortsetzer ist, und dem bloßen Vermögensnehmer, was der bon. poss. — worüber später — ebenso gut blos ist, wie der Legatar, ist der principielle. Wenn ein Willenserbe da ist, ist der Vermögensnehmer von der Verpflichtung zu den sacris ausgeschlossen. Der Unterschied zwischen dem bonorum possessor aber, obgleich dieser Universalsuccessor ist, und dem Legatar sinkt sofort zu einem blos quantitativen Dasein zusammen, und wenn der Legatar mehr als die Hälfte empfängt, so wird er zu den sacris verpflichtet, von denen der per universitatem succedirende Vermögensnehmer, der bonorum possessor, befreit wird. Ebenso zeigt aber auch schon der zweite Fall der Theorie, daß der Gegensatz von Universal- und Singularsuccessor im Erbrecht, wenn nicht jener Gegensatz von Willenscontinuation und Vermögensnahme in ihm thätig ist, gleichgültig zu werden anfängt. Denn schon im zweiten Falle der Theorie ist der per universitatem succedirende bonorum possessor und der die einzelnen Sachen erwerbende Usucapient in der Verpflichtung zu den sacris gleichgestellt.

Unsere Entwickelung der ältern Sacraltheorie beruht auf dem Fundamente, daß der dritte wie der zweite Satz gleichmäßig nur für den Fall, daß keine Civilerbschaft eintritt, zu verstehen sind. Diese Auffassung scheint uns aber, sowol in Hinsicht auf den Geist der Sache, wie auf den Wortlaut, von zwingender Evidenz zu sein. Denn was wäre wol dem Geist des alten jus civile angemessener als der Satz, daß, insofern eine Civilerbschaft eintritt, nur der Civilerbe, diese volle Willensidentität mit dem Erblasser, verbunden sein kann? Und was wäre grammatisch richtiger, als daß, wenn durch das erste aut bereits der Fall der Civilerbschaft ausgeschlossen ist, auch durch das zweite aut nicht stillschweigend der schon ausgeschlossene Fall wieder unterstellt wird.

Wahrscheinlich würde man auch niemals auf eine andere als diese so einfache Auffassung gerathen sein, wenn man nicht immer zuerst von der jüngern Theorie ausgegangen und hierdurch mit einer irrigen Voraussetzung erfüllt worden wäre, indem man aus der jüngern Theorie jenes Princip, in welchem gerade ihre Neuerung besteht, unmittelbar auch in die ältere Theorie hinüberschleifte. Nachdem jetzt aber einmal der Sinn der alten Theorie gefunden ist, erlangt derselbe seine schlagendsten Beweise gerade dadurch, wenn man nun zu der jüngern Theorie übergeht, denn jetzt erst wird sich das Verhältniß derselben zur ältern, und die durch sie vollbrachte Neuerung verstehen lassen, die bisher so dunkeln Worte und Vorwürfe Cicero's sich überall in hellstes Licht umwandeln und die ganze Stelle harmonischste Einheit empfangen.

Auch nach der jüngern Theorie bleibt primo loco der Erbe verpflichtet. Dann aber heißt es: „deinde qui morte testamentove ejus tantumdem capiat, quantum omnes heredes". Also nicht „aut", sondern *deinde*, d. h. in zweiter Linie, aber neben dem Civilerben ist derjenige Legatar verpflichtet, der soviel vom Vermögen nimmt, wie der Erbe, oder resp., wenn mehrere Erben sind, wie alle Erben zusammengenommen. Und darin besteht nun eben die Neuerung dieser Theorie, daß jetzt auch im Falle der Civilerbschaft noch ein anderer als der Civilerbe neben diesem verpflichtet sein soll. Wenn man sich unserer Auffassung nicht anschließt, — worin besteht denn dann eigentlich die Neuerung überhaupt, welche die jüngere Theorie an der ältern vornimmt, und über die Cicero in so erstaunlichen Eifer gegen die beiden Scävola geräth? Sie besteht darin, nach Savigny (a. a. O., S. 366 fg.), daß nach der ältern Theorie dem Legatar mehr als die Hälfte des ganzen Vermögens zugewendet sein mußte, und jetzt — schon diese Hälfte genügte, um ihn zu den sacris zu verpflichten! Savigny selbst bemerkt, diese Aenderung sei darauf gegründet, daß die lex Voconia allen censirten Bürgern verboten hatte, einem Legatar mehr zu hinterlassen, als den Erben zusammengenommen bleiben werde; sodaß nun die neue Theorie demjenigen Legatar die sacra auflegt, welcher das größte nach der lex Voconia noch erlaubte Legat erhält. Allein gerade durch diese Bezugnahme auf die lex Voconia erweist sich diese Aenderung — die Aenderung von „über die Hälfte" in „die Hälfte" — vollständig gerechtfertigt und der Vereinigung des Geistes der alten Sacraltheorie mit dem neuen durch die lex Voconia begründeten Zustand vollkommen angemessen. Aber selbst abgesehen von dieser rechtfertigenden Wirkung der lex Voconia, — wenn dies der ganze Unterschied war, so ist der Lärm, den Cicero erhebt, schlechthin unbegreiflich. Ob dem Legatar irgendeine Kleinigkeit, etwa die bekannten centum numi, über die Hälfte oder nur die accurate Hälfte zufallen mußte, um ihn zu den sacris zu verpflichten, dieser mikroskopisch-geringfügige Unterschied kann doch gewiß nicht erklären, daß Cicero mit so heftigem Zorne deshalb den Pontifices eine totale Delusion, eine Fälschung und Verderbung des pontificalen Rechts zur Last legt!

Und dennoch ist der Unterschied beider Theorien gerade in diesem zweiten Falle der jüngern Theorie zu suchen. Derselbe muß das ganze Princip des Unterschieds enthalten. Dies geht aus den ausdrücklichen Worten Cicero's hervor. Denn gerade bei diesem zweiten Falle unterbricht er sich mit der Bemerkung: „Id quoque ordine; est enim ad id, quod propositum est, accommodatum." Man scheint auch diese Worte bisher ganz misverständlich, etwa als ein Lob oder als eine objective Bemerkung über den Charakter der Sacralinstitution auf-

gefaßt zu haben. Das ist ja aber ganz unmöglich! „Id quod propositum est", das ist der Zweck des Scävola, sein in das alte Sacralrecht hineingeschwärzter Neuerungsgedanke. Diesen tadelt ja aber Cicero so heftig. Die Worte sind also nur ironisch zu fassen, und etwa so zu übersetzen: „Und freilich ist das auch in der Ordnung! Denn für den Zweck, zu dem man einmal gelangen will, ist dies allerdings das angemessene Mittel." Dann aber sagt ja Cicero mit dürren Worten: das Princip der Neuerung sei in diesem zweiten Falle enthalten.

Und so sehr ist dies der Fall, daß er noch einmal gegen das Ende seiner Erörterungen mit vollster Betonung gerade hierauf zurückkommt und wiederum gerade diesen zweiten Fall als das treibende Princip der Neuerung bezeichnet; II, c. 21: „Placuit P. Scaevolae et Coruncanio, Pontificibus maximis itemque ceteris qui tantundem caperet, *quantum omnes heredes* sacris alligari.". — „Aber es gefiel nun einmal den pontifices (im Gegensatz zur Satzung des jus civile), daß der, der ebenso viel nähme, wie alle Erben, zu den sacris verpflichtet werde." Wiederum also weist Cicero mit aufgehobenem Finger auf diesen zweiten Fall, als die wahre Seele der Neuerung hin (statt auf die in der alten Theorie gar nicht enthaltenen Fälle Nr. 4 und 5), und gleichwol hat man sich bisher nicht einmal die Frage vorgelegt, wie dies denn zusammenhängen solle. Ebenso wenig wie die mit so großem Nachdruck angegriffene Neuerung selbst, läßt sich aber ohne unsere Auffassung begreifen, wie Cicero sagen kann, der gesammte Unterschied zwischen den Fällen der ältern und neuen Theorie „flösse aus jenem Einen her, daß die pontifices wollen, es solle das Vermögen mit den sacris verknüpft werden" (videtis igitur *omnia* pendere ex *uno illo*, quod pontifices *pecuniam sacris conjungi* volunt). Denn wie konnte man denn bei den bisherigen Interpretationen sagen, daß dieser Grundsatz überhaupt erst durch die jüngere Theorie eingeführt sei? Oder wie konnte man nur sagen, daß beide Theorien in Bezug auf diesen Punkt irgend principiell abwichen? War ein Civilerbe da, so war ja dieser auch nach der jüngern Theorie immer primo loco verpflichtet, ohne Rücksicht auf die Größe seines Antheils am hinterlassenen Vermögen. Daß aber umgekehrt jemand, auch ohne Erbe zu sein, durch die bloße Erwerbung eines gewissen Antheils an dem Vermögen des Erblassers zu den sacris verpflichtet werden könne, dieser Grundsatz war ja unbestritten und unbestreitbar schon in der ältern Theorie (zweiter und dritter Fall) vorhanden, und wenn er also die Bedeutung des „pecuniam sacris conjungi" bilden sollte, so wäre nicht zu begreifen, wie Cicero behaupten kann, er sei erst durch die Theorie der Scävola aufgebracht worden.

Unsere Auffassung dagegen setzt beide Punkte in das hellste Licht und

läßt so erst das Verständniß des Verhältnisses beider Theorien zueinander hervortreten.

Nach unserer Interpretation besteht die Neuerung darin, daß während nach der ältern Theorie nur subsidiarisch, wenn die Stelle des Erben gar nicht besetzt war, durch den bloßen Vermögensübergang von einem gewissen Umfang eine Verbindlichkeit zu den sacris entstehen kann, diese nach der neuen Theorie auch trotz des Eintretens von Civilerbschaft, und ungeachtet dessen also, daß die Stelle des Civilerben, des Willensfortsetzers, ausgefüllt ist, durch den bloßen Vermögenserwerb von gewissem Umfange dem Legatar ebenso gut wie dem Erben und neben diesem die Verpflichtung auferlegt sein sollte. Hierdurch war nun freilich durch eine unscheinbare Weiterführung der alten Theorie einem ganz neuen Princip Eingang verschafft worden. Aus einer aushülfsweisen und subsidiarischen war die Verpflichtung zu den sacris durch einen bestimmten Vermögenserwerb erst jetzt zu einer ebenso selbständigen und principalen, wie die des Willensfortsetzers geworden, und man fühlt, wie sehr dadurch der strenge Geist der alten Anschauung erschüttert werden mußte. Jetzt also konnte gesagt werden, daß nun erst, trotz jener schon in der ältern Theorie aushülfsweise eintretenden Verpflichtung, principiell das Vermögen mit den *sacris* verknüpft worden sei, und man sieht sofort, welche weitere praktisch wichtigen Folgen sich aus diesem principalen, dem Erbthum coordinirten Charakter der Verpflichtung, im Unterschiede von der blos aushülfsweisen Zulassung in der ältern Theorie, ergeben mußten. In der ältern Theorie muß der bonorum possessor, damit ihm, der nicht Willensfortsetzer ist und daher beim Dasein eines Erben niemals verpflichtet sein kann, durch das Vermögen die sacra auferlegt werden, dasselbe, wie wir oben zeigten, mindestens in einem solchen quantitativen Zusammenhange übernommen haben, daß durch diesen Zusammenhang der Widerschein der frühern Willensherrschaft (des Todten) entsteht. Jetzt aber, wo durch die bloße Vermögensübernahme eine ebenso principale und selbständige Verpflichtung, wie die des Erben, entstehen soll, ist consequenterweise dieser Widerschein nicht mehr nöthig. Jetzt ist also consequenterweise ein bestimmter quantitativer Umfang gar nicht mehr nöthig, um das absolute Dasein einer Verpflichtung an sich selbst zu begründen. Sondern jetzt kann nur noch relativ, d. h. den andern Personen gegenüber, auf die das Vermögen auch übergeht, ganz angemessen dem neuen Princip der Vermögenserwerbung, das Quantum derselben einen Unterschied machen. Und so ergibt sich denn sofort durch die strengste begriffliche Consequenz aus dem zweiten Falle der jüngern Theorie der dritte Fall derselben: Tertio loco, si nemo sit heres, is, qui de bonis quae ejus fuerint

cum moritur, usu ceperit *plurimum* possidendo. „In dritter Reihe, wenn kein Erbe ist, ist der verpflichtet, welcher von den Gütern des Todten das Meiste erwirbt.“ Wenn also ein Usucapient auch nur ein einzelnes Stück aus der Hinterlassenschaft erwirbt, so geringfügig es sei, alle andern Personen aber nichts aus ihr erwerben, so ist er zu den sacris verpflichtet, denn er hat immer das Meiste erworben! Und so heißt es dann deshalb auch im vierten Falle: Si *nemo* sit, qui *ullam rem* ceperit. Man sieht jetzt, wie richtig es ist, zu sagen, durch diese neue Theorie sei principiell die Verbindung der sacra mit dem Vermögen eingeführt. Der Erwerb des geringsten Vermögenstheils begründet schon diese Verpflichtung an sich selbst und nur relativisch, also andern Vermögensnehmern gegenüber tritt sie in einer durch das Princip der Vermögensnahme selbst gesetzten Weise vor dem mehr Erwerbenden zurück. Der Usucapient ist also blos dann nicht verpflichtet, wenn ein anderer mehr erworben hat. Der Legatar, wo bonorum possessio eintritt, blos dann nicht verpflichtet, wenn der bonorum possessor mehr erhält. Ja, dieses Princip waltet auch schon im zweiten Falle, dem Civilerben gegenüber. Denn hat der Erbe ex asse oder die Erben zusammengenommen nur ebenso viel Vermögen erhalten (weniger können sie wegen der lex Voconia nicht bekommen), als der Legatar, so ist dieser ja ebenso sehr verpflichtet wie sie. Hat der Erbe aber mehr Vermögen erworben, als der Legatar, so schlägt er dessen Verpflichtung ja gar nicht qua heres, sondern schon als stärkerer Vermögenserwerber. So wird immer tiefer ersichtlich, wie wahr es sei, daß jetzt sacra cum *pecunia* conjuncta! Die Selbständigkeit der Uebertragung der sacra durch das bloße Vermögen trägt also, nachdem sie durch die zunächst unscheinbare Aenderung, welche der zweite Fall der neuen Theorie in das Sacralrecht einführt, einen ganz andern Geist in dasselbe eingebürgert hat, ihre stärkste Folge in dem dritten Fall, indem jetzt nicht mehr der Widerschein der frühern Willensherrschaft erforderlich ist, der in der „*major* pars pecuniae“ liegt, die nach der ältern Theorie nöthig ist, um zu verpflichten, sondern jedes noch so kleine Vermögensstück zu dieser Verpflichtung hinreicht, die nur vor dem stärkern Vermögenserwerbe wieder verschwindet. Besteht aber einmal das Princip, daß jeder noch so geringe Vermögenserwerb die Verpflichtung an sich selbst auferlegt, die nur durch einen größern Erwerb seitens anderer fortfallen kann, so ergeben sich jetzt hieraus der vierte und fünfte Fall der jüngern Theorie ganz von selbst, und dieselbe hat sich jetzt aus jener Einen zunächst kaum merklichen, den Legatar nur neben dem Civilerben verpflichtenden, aber dadurch die Verpflichtung des Vermögens aus einer subsidiarischen in eine selbständige umwandelnden Abänderung zu Einem harmonischen, sich selbst entwickelnden Ganzen

aufgebaut, einem durchaus andern Gebäude als demjenigen, welches die ältere Theorie darstellt. Man sieht jetzt erst, wie Cicero gerade bei dem zweiten Falle der jüngern Theorie, obgleich dessen Aenderung dem sinnlichen Anscheine nach sich lange nicht so groß darstellt, wie die des dritten, oder die des in der ältern Theorie ganz fehlenden vierten und fünften Falls, mit so tiefem Rechte ausrufen kann: „Id quoque ordine; est enim ad *id*, *quod propositum est*, accommodatum!" Die principielle Selbständigkeit der durch das Vermögen übertragenen Verpflichtung, die in dem Vorhandensein einer solchen für den Legatar trotz des Daseins eines civilistischen Willensfortsetzers liegt, — dies war das rechte Mittel, diese totale Umwandlung zu vollbringen, die Cicero mit Recht als einen vollständigen Verderb des alten Pontificalrechts darstellen kann!

Zugleich zeigt sich auch bei dieser Auffassung, warum in der jüngern Theorie gegen die ältere außer der Abänderung auch noch die Verschleifung der Fälle stattfinden muß, daß der zweite Fall der jüngern dem dritten Fall der ältern Theorie, und der zweite Fall dieser dem dritten Fall jener abändernd entspricht. Denn da die jüngere Theorie in dem zweiten Falle einen solchen einschiebt, der in der ältern gar nicht vorhanden, die Verpflichtung des Legatars neben der des Civilerben, so parallelisirt sich nun hierzu nicht mehr der zweite, wohl aber der dritte Fall der ältern Theorie, insofern dieser von der Verpflichtung des Legatars im Falle der bonorum possessio handelt.

Ebenso erklärt sich jetzt vollständig, welchen Beweggrund die pontifices hatten, um dadurch das Untergehen der sacra zu vermeiden, diese Neuerung vorzunehmen. Nichts war leichter möglich als der Untergang der sacra bei der alten Theorie. Es brauchte nur die Hinterlassenschaft von drei bonorum possessores zu drei gleichen Theilen oder doch so, daß keiner über die Hälfte des Ganzen hatte, erworben zu werden, und keiner von ihnen war zu den sacris verpflichtet. Oder zwei bonorum possessores und ein Legatar, oder ein bonorum possessor und zwei oder mehr Legatare brauchten sich so in das Vermögen zu theilen, daß keinem mehr als die absolute Hälfte zustand, so war wiederum niemand zu den sacris verpflichtet. Nach der neuen Theorie konnte aber niemand nur irgendetwas von dem Vermögen erworben haben, ohne mit der Verpflichtung behaftet zu sein, die nur von ihm wich, wenn ein Anderer mehr hatte.

Endlich ist auch das ersichtlich, wie dieser Theorie, trotz der so wesentlichen Aenderung, die sie hervorbrachte, durch die pontifices Eingang verschafft werden konnte, und die historische Entwickelung des Sacralrechts überhaupt. Denn es wird mindestens dringend wahrscheinlich jetzt sein, daß auch die ältere Theorie nicht die älteste war; daß

es vielmehr eine Zeit gegeben haben muß, wo die Verpflichtung zu den sacris übertragen wurde hereditate, und auf durchaus keine andere Weise, sodaß die sacra eines jeden untergingen, dessen Erbschaft nicht angetreten wurde. Es ist dies jene älteste Zeit des jus civile, ehe das prätorische Erbrecht existirt. Als sich die prätorische bonorum possessio gebildet hatte, mußte natürlich dies Institut auch auf das Institut der sacra einwirken, die sonst sogar in die Gefahr eines allgemeinen Untergangs hätten gerathen müssen. Man will dem bonorum possessor, wenn er an die Stelle des Erben tritt, auch an dessen Stelle die sacra auferlegen, aber, noch möglichst streng festhaltend an dem alten Geist der sacra und des Civilrechts, doch nur dann, wenn ein bonorum possessor für sich allein einen solchen überwiegenden Zusammenhang in dem Vermögen des Erblassers darstellt, daß hierdurch mindestens der Widerschein der frühern Willensherrschaft fortdauert. Allein dann war man auch genöthigt, im gleichen Falle dem Usucapienten die sacra aufzuerlegen. Denn Willensfortsetzer (Erbe) ist der bonorum possessor so wenig wie er, und jener Widerschein entsteht bei ihm so gut wie beim bonorum possessor, wenn er soviel usucapirt; und so wird denn auch der in diesem Falle befindliche Usucapient in den zweiten Fall der ältern Theorie einbegriffen. Allein aus beiden Gründen mußte man dann auch wieder den hierin auf ganz gleicher Linie stehenden Legatar dem bonorum possessor gegenüber und mit Ausschluß dieses letztern belasten, denn Willensfortsetzer ist er nur ebenso wenig wie dieser, und jener factische Anschein des Fortschaltens der frühern Willensherrschaft durch das Zusammenbleiben der größern Hälfte des Vermögens kann bei ihm so gut entstehen, wie bei jenem. So entsteht also die ältere der bei Cicero vorgetragenen Theorien, die sich in den einen Gedanken zusammenfaßt, daß nur subsidiarisch und aushülfsweise, wenn kein Civilerbthum eintrete, das Vermögen als solches die Verpflichtung nach sich ziehen können solle.

Noch immer bleibt diese ältere Theorie von dem strengen Geiste des jus civile durchdrungen. Denn noch immer bleibt, wenn eine Civilerbschaft eintritt, der Civilerbe, wie wenig er auch erhalten mag, der einzige und ausschließend Verpflichtete. Die dritte Theorie endlich entwickelt sich von selbst durch die scheinbar ganz unbedeutende Aenderung, daß dem Grundsatz von der durch das bloße Vermögen aufzuerlegenden Verpflichtung, der schon in der zweiten Theorie subsidiär da war, nun eine der Verpflichtung des Civilerben coordinirte Stellung gegeben wird. Die Scävola hätten sich Cicero gegenüber damit vertheidigen können: daß sie gar keinen neuen Grundsatz, der nicht auch in der ältern Theorie da war, in das Pontificalrecht eingeführt hätten; daß auch sie primo loco die Verpflichtung jedes einzelnen Erben, wie

wenig er auch bekäme — und die lex Voconia hinderte nicht, daß ein einzelner Erbe weit weniger als der Legatar bekam —, fortdauern ließen; daß die Veränderung der major pars der ältern Theorie in das „ebenso viel wie alle Erben" durch die lex Voconia selbst mit Nothwendigkeit gegeben und gerechtfertigt sei; daß ferner durch die Verpflichtung dessen, „der soviel nehme, wie alle Erben", auch schon um so mehr die Verpflichtung dessen gegeben sei, der, weil kein Erbe da sei, mehr nehme, als von Erben überhaupt genommen würde, also auch dessen, qui *ullam* rem ceperit (somit die Verpflichtung des dritten Falls und der folgenden Fälle). Alles dies wäre richtig und unleugbar; aber alles dies zeigt eben, daß durch die so unmerkliche und scheinbar so unverfängliche Aenderung, das subsidiarische Princip der ältern Theorie zum selbständig coordinirten der jüngern zu machen, also durch den zweiten Fall, von dem Cicero daher mit solchem Recht ausruft, er sei die rechte Brücke, das geeignete Mittel zur Erreichung dessen gewesen, was man habe erreichen wollen, ein Princip eingeführt war, welches sich durch seine eigene Thätigkeit sofort zu dem Gebäude einer ganz andern Doctrin entwickeln mußte, daß jetzt das Vermögen statt des Erbthums oder der Willensfortsetzung die Basis der Verpflichtung zu den sacris geworden war, und selbst der oder die Erben, die zusammen weniger als der größte Legatar wegen der lex Voconia nicht erhalten konnten, nur qua gleiche Vermögensnehmer mit diesem zu den sacris verpflichtet zu sein scheinen konnten.

Und so schlagend ist es, daß die von uns entwickelte Auffassung den wahren Sinn der Stelle bildet, daß sich dadurch auch noch im weitern Verlauf derselben ihre bisher unzugänglichen Einzelheiten erklären. Cicero wirft später den Scävola noch vor, daß sie aber auch noch ein Mittel erfunden hätten, um die Verpflichtung des Legatars zu den sacris zu umgehen, nämlich für diesen den Rath: er solle eine Kleinigkeit weniger als alle Erben nehmen. „Inventa est ratio, cur pecunia sacrorum molestia liberaretur. Quod si hoc, qui testamentum faciebat, cavere noluisset, admonet Juriconsultus hic quidem ipse Mucius, Pontifex idem, ut minus capiat, quam omnibus heredibus relinquatur . . . Rursus sacris *liberantur*." In der That scheint zunächst dieses Thun der Scävola nach allen Seiten unverständlich. Sie, die pontifices, geben den Rath, den Willen des Todten zu eludiren und zu umgehen! Sie, die pontifices, erfinden ein Mittel, von der Verpflichtung der sacra, an deren Erhaltung ihnen ja gerade gelegen war, zu entbinden! Sie, die eben erst selbst gegen das alte Recht den civilistischen Legatar in diese Verpflichtung hineingearbeitet hatten, arbeiten ihn jetzt in Widerspruch mit ihrer eigenen Lehre wieder heraus!

Allein alle diese scheinbaren Widersprüche lösen sich jetzt. Die

pontifices empfinden selbst, welch große Abweichung vom Geist des alten Civil- und Sacralrechts sie vollbracht haben, indem sie den beim Dasein von Civilerben ganz unverpflichteten Legatar ungebührlich in diese Verbindlichkeit hineingearbeitet haben. Zugleich kann ihnen praktisch gar nichts an der Verpflichtung des Legatars bei dem Dasein eines Civilerben liegen, denn ihr Zweck, daß die sacra nicht untergehen, ist ja schon durch das Dasein des Erben hinreichend gedeckt. Aber sie brauchen, wie wir ausführlich gezeigt haben, die selbständige coordinirte Verpflichtung des Legatars neben dem Erben als die theoretische Brücke, um zu den weitern Consequenzen, dem dritten Falle der Theorie u. s. w., zu gelangen. So arbeiten sie denn den Legatar in diese Verpflichtung hinein, gewinnen so die erforderliche theoretische Brücke, um zu den gewünschten Consequenzen (ad id, quod propositum est) zu gelangen, und geben ihm dann, insofern Civilerben da sind, aus Billigkeit praktisch ein Mittel an die Hand, sich mit Leichtigkeit der ihm aufgebürdeten Verpflichtung zu entziehen, sich bewußt, daß ihnen nun deshalb von seiten der Civilerben kein gegründeter Vorwurf gemacht werden könne, weil diese ja eben nach dem substantiellen Geiste des Instituts die ausschließlich Verpflichteten sein sollen, und sie, die pontifices, also durch diese künstliche Aufhebung der Pflicht des Legatars nur ihre eigene Aufhebung des alten Rechts wieder aufheben.

Dies ist das Ganze der Ciceronianischen Stelle und die historische Entwickelung der sacra.

IV. Die römischen Definitionen des Testaments. Die offenbarte Innerlichkeit. Ehre und Haß. Die Sphäre der geistigen Freiheit.

Ehe wir aber auf das formale und reale Testamentsrecht selbst eingehen, müssen wir zuvor noch die Definitionen betrachten, welche die Römer von dem Testament geben, sowie einige höchst bedeutungsvolle Gebräuche, die in diesem Zusammenhange ihr Licht empfangen.

Unser heutiges Testament ist eine Vermögensverfügung, und niemals ist es den Juristen in den Sinn gekommen, daran zu zweifeln, daß auch das römische Testament eine solche sei, wie denn in der That immer eine solche durch es bewirkt wird. — Hiernach ist aber schon auffallend, daß die römischen Juristen das Testament nicht als eine Verfügung über das Vermögen definiren. Nicht nur die Institutionen[1],

[1] Inst. pr., II, 10 de test. ord.

sondern schon der berühmte alte Rechtsgelehrte Servius Sulpicius, der Zeitgenosse Cicero's, definirt das Testament etymologisirend als eine „*testatio mentis*", „eine Kundgebung des geistigen Innern".[1] Und wenn Gellius auch mit Recht diese grammatisch ganz falsche Etymologie in dieser Hinsicht tadelt, so tritt er doch ihrer Sinnbedeutung als einer zutreffenden vollkommen bei.[2] Dieselbe Definition treffen wir bei Ulpian[3], und von Hand zu Hand bis zu den Institutionen und Theophilus[4] schleppt sich die Autorität dieser alten Formel.

Die Verlautbarung der geistigen Innerlichkeit also, nicht eine Vermögensverfügung, ist nach den Römern das Testament, und diese Definition ist, abgesehen von der Spielerei der Etymologie, gar nicht realistisch und markig genug aufzufassen! So erklären sich denn jetzt von hier aus interessante und mit Unrecht unbeachtet gelassene Stellen der alten Schriftsteller, die, obwol außerhalb des juristischen Kreises stehend und von jener etymologisirenden Definition daher nicht berührt, dennoch das Wesen des Testaments im Volksgeiste ganz in derselben Weise hervortreten lassen. Der Spötter Lucian sagt, daß „die einzige wahre Verlautbarung, welche die Römer in ihrem ganzen Leben von sich geben, diejenige in den Testamenten sei".[5]

Und der Römer Lucretius sagt fast dasselbe[6]:

> Nam verae voces tunc demum pectore ab imo
> Eliciuntur, deripitur persona, manet res.

In diesem Zusammenhange begreift sich jetzt also von selbst die bisher blos als Curiosität erscheinende und niemals zur Erklärung des Wesens des römischen Testaments benutzte, so charakteristische Sitte der Römer, aus den Testamentstafeln zugleich ein Denkmal der Schande für ihre Feinde zu machen, Schimpf und Schmähung darin den vollsten, ungehindertsten Lauf zu lassen. — Es reicht hin, an die Beispiele bei Tacitus zu erinnern. Fulcinus Trio ergießt sich in seinem Testament

---

[1] Bei Gellius, Noct. att., VI, 12.

[2] A. a. O.: ... falsa quidem, sed non abhorrens, neque inconcinna quasi *mentis* quaedam in hoc vocabulo significatio.

[3] XX, §. 1: Testamentum est *mentis nostrae* justa contestatio.

[4] Lib. II, Tit. X, §. 1, T. I, p. 328 ed. Reitz.: Πρὸ τῶ ἄλλων ἀναγπαῖον εἰπεῖν τὸν τῆς διαθήκης ὅρον ἤτοι ἐτυμολογίαν· ἡ δὲ διαθήκη παρὰ Ρωμαίοις λέγεται Testamentum, ἐντεῦθεν δεξαμένη τὸν ἐτυμολογίαν, quod testatio mentis sit (ἐπείδὴ μαρτυρία διανοίας ἐστί) καὶ γὰρ μαρτυρίαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διανοίας.

[5] Lucian in Nigrin., c. 30, T. I, p. 52 ed Bip.: .... ὅτι μίαν φωνὴν οἱ Ρωμαίων παῖδες ἀληθῆ παρ' ὅλον τὸν βίον προίενται, τὴς ἐν ταῖς διαθήκαις λέγων κ. τ. λ.

[6] De rer. nat., III, 57.

in „multa et atrocia" gegen Marco und andere Günstlinge des Tiberius, wie nicht minder gegen Tiberius selbst.[1]

Fabricius Vejent verfaßt in der Form von Codicillen ganze Schmähschriften gegen Senat und Priester.[2] Petronius, der sich aus Furcht vor dem Tode selbst die Adern öffnet, beschreibt ausführlich in seinen Codicillen alle Schandthaten Nero's, unter namentlicher Angabe der einzelnen Männer und Weiber und der Neuheit einer jeden einzelnen seiner Ausschweifungen, und schickt dies Testament dem Nero zu.[3]

Schmähung und Schande sind der negative Gegenpol des Testaments, dessen positiver Pol die durch die Erbeinsetzung manifestirte Identität des Geistes ist. Ebendeshalb, als Proclamation dieser geistigen Willensidentität, ist die Erbeinsetzung nicht sowol Wohlthat, Bereicherung und Liebe, wie der Fall wäre, wenn sie in ihrem Wesen eine Vermögenszuwendung wäre, sondern als jener Auftrag an den Dritten zur Fortsetzung der ganzen eigenen Willenssubjectivität ist sie nach römischen Begriffen eine — Ehre, und läßt dies noch bei spätern Schriftstellern als ihr vorherrschendes Wesen in den Vordergrund treten.[4]

So kann dann allerdings der Brauch nicht mehr wundernehmen, wenn selbst die bedeutendsten, vornehmsten und reichsten Männer des Staats von andern in weit untergeordneterer Lage schon während des Lebens derselben immer öffentlich als ihre künftigen Erben designirt und behandelt werden[5], ohne daß für diese im römischen Volksgeist hierin das geringste Anstößige und Unpassende, zu dem Verdacht einer Bereicherungssucht oder Erbschleicherei Anlaß Gebende, enthalten ist. Im Gegentheil, der diese von ihm erregte Voraussetzung hinterher täuschende Erblasser kann sich dadurch so frivol an dem gediegensten Verhältniß im Volksgeiste zu vergreifen und die Substanz desselben zu verrathen scheinen, daß in den Zeiten der Republik, wo das Volksgefühl noch lebendig

---

[1] Tacit. Annal., VI, 38.

[2] Tacit. Annal., XIV, 50: quod multa et probrosa in patres et sacerdotes composuisset, iis *libris* quibus *nomen codicillorum* dederat .... et (Nero) *libros* exuri jussit.

[3] Tacit. Annal., XVI, c. 19: ne codicillis quidem, quod plerique pereuntium, Neronem aut Tigellinum, aut quem alium potentium adulatus est; sed flagitia principis sub nominibus exoletorum feminarumque et novitate cujus stupri perscripsit, atque obsignata misit Neroni.

[4] Valer. Maxim., VII, c. 7: ... quaeve ad alios quam qui exspectabant, *honorem hereditatis* transtulerunt; vgl. daſ., VII, c. 8, no. 4, wo es in Bezug auf den im Teſtament übergangenen Bruder, dem alieni et humiles vorgezogen waren, heißt: „ut non solum *flagitiosum silentium* sed etiam praelatio *contumeliosa* videri posset"; vgl. Tacit. Annal., III, c. 76.

[5] Valer. Maxim., VII, c. 8, no. 5 et 6.

ist, sein Leichnam vom Volke mishandelt und durch die Straßen geschleift wird, während sein Testament dennoch bestehen bleibt.[1]

Wenn aber, wie bereits gesagt, Ehre und Schande die beiden Gegenpole des Testaments sind, so identisch miteinander wie positiv und negativ, so muß auch dieselbe unbeschränkte Freiheit, wie der positiven Ehre der Erbeinsetzung, dem Schimpf und der Schmähung im Testament zukommen.

Die Licenz des Testaments ist daher die schrankenlose. Natürlich! Wenn das Testament, wie wir sagten, die römische Unsterblichkeit ist, wie das Himmelreich diejenige des Christen, so muß es für den Römer auch das Himmelreich seiner Freiheit sein, in das überhaupt durch keine irdische Gewalt eingegriffen werden kann. Die Imperatoren sogar, welche alle staatliche Freiheit vernichten, vor denen selbst Leben und Vermögen, alle reale Freiheit des Individuums ein Spott ist — vor dieser metaphysischen, transscendenten Freiheit des römischen Subjects schrecken sie zurück, beugen sich vor ihr und erdulden sie lieber, als mit diesem innersten Heiligthum des Volksgeistes in Conflict zu gerathen. Als der römische Senat die Servilität so weit treibt, diese Schmähungslicenz der Testamente beschränken zu wollen, da, wie wir aus Sueton wissen, intervenirt wohlweislich Augustus selbst und verhindert es.[2] Ja, sogar ein Tyrann wie Tiberius verbietet es den Erben des Fulcinus Trio, welche die Schmähungen, mit welchen das Testament gegen Tiberius und seine Günstlinge angefüllt war, verheimlichen wollen, und befiehlt, das Testament dem Gebrauche gemäß laut zu verlesen, „patientiam libertatis alienae ostentans", wie Tacitus sagt.[3] Das Testament ist die unantastbare Sphäre der römischen Freiheit, eine Sphäre, in deren Transscendenz selbst ein Tiberius die Freiheit so geduldig anerkennt, wie der größte christliche Tyrann die Gleichheit im Himmel; — und es ist noch ganz unter dem traditionellen Einfluß dieses Begriffs, daß Kaiser Konstantin schreibt[4]: „*Nihil enim est*, quod *magis hominibus debeatur*, quam ut supremae voluntatis, postquam jam aliud velle non possunt, *liber sit stylus et licitum* quod iterum non redit arbitrium."

---

[1] Wie dies dem Q. Cäcilius erging: „eum *prae se semper tulisset*, unum illum (L. Lucullum) sibi esse heredem", während er hinterher im Testament den Pomponius Atticus einsetzte; s. Valer. Maxim. l. 1.

[2] Sueton. vit. Aug., c. 56: de inhibenda testamentorum licentia *ne senatus quidquam constitueret*, intercessit.

[3] Tacit. Annal., VI, c. 38.

[4] L. 1 C. de sacros. eccl. (1, 2).

V. Die Erbeinsetzung. Das Testament als Wille des Erben. — Die bonorum possessio.

Stärker aber und unleugbarer, als in einer Definition der Fall sein kann, tritt nun überall im formalen und realen Testamentsrecht jene Ideenreihe hervor. Das Testament muß eine institutio heredis, eine formelle Einsetzung eines Erben enthalten.[1] Jede bloße, im Testament vorgenommene Vermögensvertheilung wäre nichtig, wenn die ausdrückliche Institution, diese directe Einsetzung des Willenscontinuators, fehlt. Diese Erbeinsetzung muß ferner vor allem andern, namentlich vor den Legaten vorhergehen, sie muß den Anfang[2] des Testaments bilden. Wenn endlich der eingesetzte Erbe nicht erwirbt, wenn er vor dem Erwerbe der Erbschaft stirbt oder ausschlägt, so bricht als Regel das ganze Testament zusammen, auch alle Legate werden hinfällig.[3] Der Erbe ist es somit erst, welcher durch sein Dasein dem Testament Dasein gibt, welcher durch seinen Willen den Willensbestimmungen des Testators Halt und rechtliche Existenz verleiht.[4]

Was auf das deutlichste hierin liegt, ist, daß nur, wenn im Erben der Wille des Verstorbenen noch als fortexistirend gesetzt ist, der Wille des Todten noch als daseiend angeschaut wird und in seinem Vermögen zur Ausführung kommt. Ohne den Willenscontinuator bleibt der Wille des Todten das, was er der Realität nach ist, ein todter, gewesener, nicht mehr existirender, nicht willensfähiger Wille, der, weil er keine lebendige Existenz, auch keinen Anspruch auf Geltung hat.

Während man also jene Bestimmungen des Römischen Rechts stets als einen bloßen Ausfluß des „rigorosen Formalismus" des Römers hingestellt hat, eine freilich ebenso bequeme als nichts erklärende Erklä-

---

[1] Dig., XXVIII, 5. Inst., II, 14. Cod., VI, 24, de hered. instit.

[2] . . . heredis institutione plerumque *debet initium facere* testamenti. Ulpian, L. 1 pr. de hered. inst. (28, 5).

[3] L. 9 de test. cur. (26, 2); L. 3, §. 2; L. 16 de jur. codic. (29, 7); L. 1, §. 1, de legat. III; L. 181 de reg. jur. (50, 17); L. 2 C. si quis om. caus. test. (6, 39); L. 14 C. de fideic. (6, 42).

[4] Somit erscheint schon hier das Testament nicht als bloßer Wille des Erblassers, sondern als der eigene Wille des Erben und als durch diesen gesetzt, sodaß sich auch jetzt erst das innere Verständniß des römischen Satzes ergibt, der Erbe sei dem Legatar quasi-contractu, d. h. durch Willensbestimmung verpflichtet (s. unsern Bd. I, S. 363, und vgl. §. 2, C. daf.). Sodaß also schon hier der Beweis vom testamentarischen Erbrecht geliefert ist, den wir umfassender erst durch alles Folgende erbringen können, daß dasselbe dem Erben aus seinem eigenen Willen herfließt.

rung, haben sie sich hier — wie das durchgängig im Folgenden mit allen Formbestimmungen der Fall sein wird — als die von allem Formalen weit entfernte, nothwendige Consequenz der innersten speculativen Idee des römischen Erbrechts ergeben.

Wie aber kann allein die gültige Form der Erbeinsetzung lauten? Der Erbe soll nach dem entwickelten Begriff nicht etwas haben (das Vermögen), sondern etwas sein (Willenserhalter). Nur zufällig und secundär, wenn nicht über das Vermögen verfügt ist, hat der Erbe auch das erblasserische Vermögen, weil er selbst ja, als die Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjectivität, somit natürlich Herr des dieser Willensherrschaft Unterworfenen ist. Aber nicht in diesem Haben liegt der Begriff des Verhältnisses, und nicht darauf darf daher der Reflex in der Formel fallen. Es ist daher jede Erbeinsetzung nichtig, welche den Erben mit einem Haben oder Nehmen (habeto, sumito, capito), wie es bei dem Legatar heißen muß, dessen Begriff in der Vermögenszuwendung besteht (s. Nr. XIV), in Verbindung brächte, z. B. Titius habe mein Vermögen oder meine Erbschaft. Die einzige begrifflich consequente Erbeinsetzung muß lauten: „Titius sei Willensfortsetzer" (Titius *heres esto*).[1] Und ferner: Damit der Erbe Willensidentität mit dem Erblasser sei, muß er zuvor von diesem dazu gemacht werden. Dies erfordert zunächst einen Willensact seitens des Erblassers, vollbringt sich also nur durch den Befehl, den Willensstoß des Imperativs. Würde blos erzählt: „Titium heredem esse volo, heredem facio, instituo", so würde diese Erzählung oder Erklärung ja immer noch nicht den Willensact, die Willenshandlung enthalten, durch welche seitens des Erblassers die Metamorphose des Erben in seine Willenssubjectivität bewirkt wird, vielmehr würde hier eine solche Operation, an der es dann aber überall fehlt, als schon anderweitig geschehen, in dieser Erzählung nur vorausgesetzt sein.[2] Diese im Präsens gehaltenen Erbeinsetzungen müßten daher gleichfalls wirkungslos sein, und es muß auch in dieser Hinsicht bei der imperativischen Form: „Titius heres esto (oder sit)", als der einzig wirksamen, verbleiben. Nur bei der Formel heredem esse *jubeo* kann ein Zweifel entstehen, indem hier der befehlende Inhalt des Zeitworts und der blos erklärende Charakter der Zeitform sich einander gegenüberstehen und hier-

---

[1] Ueber die etymologische Bedeutung und den sprachlichen Gebrauch von heres und hereditas vgl. die Note sub Nr. XXI.

[2] Der Imperativ: T. heres esto, erweist sich so nur als die Abbreviatur der, wie wir später sehen werden, in ihrer adäquatesten Form im testamentum per aes et libram vollzogenen dramatischen Willenshandlung.

durch der Formel, nicht ohne Mühe, im Lauf der Zeit Anerkennung verschaffen.[1]

Wir haben oben gesagt, es würde für die Unendlichkeit des erblasserischen Willens nicht ausreichen, wenn er nur einen Zeitmoment über seine natürliche Dauer hinaus verlängert, dann aber, wie dies bei der Auffassung des Erbrechts als einer bloßen Vermögensverfügung der Fall, erloschen wäre. Dies vielmehr sei der unterscheidende Begriff des römischen Erben, daß er den Willen des Erblassers als einen schlechthin unsterblichen, unendlichen continuire.[2]

Dann aber folgt hieraus, daß auch die bloße Verlängerung dieses Willens bis zu irgendeinem beliebigen, wenn auch noch so fernen oder ungewissen Zeitmoment dem Wesen dieses Erbthums widerspricht, oder mit andern Worten, es ist hiermit gegeben, daß die Erbeinsetzung nicht in ihrer Dauer beschränkt (nicht ad idem getroffen)[3] und ebenso wenig an irgendwelche Resolutivbedingung geknüpft werden kann[4], solche Bedingung vielmehr durch die Maxime semel heres, semper heres bei dem Erben beseitigt wird, während sie bei dem Legat, welches im Unterschied vom Erbthum die bloße Verfügung über die Vermögensmaterie darstellt, vollkommen wirksam bleiben kann.[5]

---

[1] Gajus, II, §. 117: *Solemnis* autem institutio haec est *„Titius heres esto"*; sed et illa *jam comprobata videtur „Titium heredem esse jubeo"*; at illa non est comprobata *„Titium heredem esse volo"*; sed et illae a plerisque improbatae sunt *„heredem instituo"* item *„heredem facio"*. Ulpian, Fr. XXI, 1.

[2] Wie es von den sacra heißt (s. oben S. 28): ut sint *perpetua*, und diese Perpetuität wird in der That erreicht, indem die Willenssubjectivität, wie die sacra, durchs Erbthum immer von einem Erben auf den, wieder mit diesem identischen Willensträger desselben übergehend ins Unendliche erhalten wird.

[3] Papinian, L. 34 de hered. inst. (28, 5). Hereditas ex die vel *ad diem* non recte datur, sed temporis vitio sublato manet institutio. Inst., §. 9, de hered. inst. (2, 14).

[4] Gajus, L. 88 h. t. (28, 5): ... quum autem semel heres extiterit servus, non potest adjectus efficere, ut qui *semel* heres extitit, *desinat heres esse;* vgl. L. 15, §. 4 de test. milit. (29, 1).

[5] L. 26 C. de legatis (6, 37). — Hierdurch wird nun auch, gleichviel wie sich dies bei den Legaten im ältern Rechte verhalten haben möchte (vgl. L. 55 de leg. I; L. 44 de o. et a. 44, 7), die von Einigen aufgestellte und von der herrschenden Ansicht ohnehin verworfene Lehre vollständig von innen heraus widerlegt, daß auch bei der Erbeinsetzung die zugefügte Resolutivbedingung in die umgekehrte Suspensivbedingung verwandelt und so aufrecht gehalten werden müsse (siehe v. Wening-Ingenheim im Jur. Archiv, I, 9; Zimmern, das. VII, 7; Mejer in Schweppe's Handbuch, V, 64). Wenn dies, wie man jenen Schriftstellern nachgeben kann, bei den Legaten der Fall ist (d. h., wie wol die richtigere Auffassung sein dürfte, im frühern Rechte der Fall gewesen ist, weshalb eben von

Aus demselben Grunde kann nun auch die Wirksamkeit der Erbeinsetzung nicht durch eine Zeitbestimmung aufgeschoben werden[1], da, wenn es die Willenssubjectivität des Erblassers ist, die durch den Erben als dauernd erhalten und dargestellt werden soll, diese Fortsetzung eine unmittelbare, ununterbrochene sein muß. Die Suspensivbedingung dagegen kann zulässig bleiben, da bei ihr die Erfüllung auf den Tag des Todes zurückschlägt und ihn zum Erben ab tunc, mit allen Wirkungen und Nutzungen der Zwischenzeit, macht. Aber aus demselben Grunde, aus dem wir die Unmöglichkeit der Resolutivbedingung haben hervorfließen sehen, muß nun auch bei der Suspensivbedingung der Unterschied eintreten, daß sie bei der Erbschaft auch die Delation derselben bis zum Eintritt der Bedingung verschiebt, während sie bei der bloßen bonorum possessio diese Wirkung nicht hat, hier vielmehr gegen fidejussorische Caution die Hinterlassenschaft dem prätorischen Erben sofort übergeben wird.[2]

Denn schon muß es genügen, der bonorum possessio in diesem Zusammenhange nur zu erwähnen, um, wie immer, wenn man sich erst im Centrum einer Substanz befindet, ihren Begriff und ihr wahrhaftes Verhältniß zu der hereditas, das durch so viele und gelehrte Untersuchungen nicht aufgeklärt zu werden vermochte und daher in den widersprechendsten Veranlassungen gesucht wurde, in vollständigster Tageshelle hervortreten zu lassen. Schon muß nämlich klar sein, daß sich die prätorische bonorum possessio zur civilrechtlichen hereditas gar nicht anders verhält, als, nach unserer obigen Begriffsbestimmung, innerhalb des Civilrechts selbst das Legat zur Erbeinsetzung, d. h. daß die *bonorum* possessio, wie es jetzt ja auch ihr Name in so einfacher Evidenz zeigt, nichts anderes darstellt, als die bloße Nachfolge in die Vermögensmaterie, ohne, wie der civilrechtliche Erbe, die verewigende, identificirende Nachfolge in die ideale Willenssubjectivität des Erblassers zu sein. Mit andern Worten: Was man das Civilistische im Erbrecht — das civilrechtliche Erbrecht — zu nennen pflegt, ist nichts anderes als das streng consequente Walten des (aufgezeigten) speculativen historischen Begriffs der römischen Geistesstufe im Erbthum, ein System, gegen welches der Gedanke der Erbschaft als bloßer Ver-

---

Justinian durch die L. 26 nun auch die directe, nicht umgewandelte Resolutivbedingung bei den Legaten zugelassen wird), so liegt ein unendliches Verkennen des Geistes des Erbrechts darin, aus der Analogie der Legate für die Erbeinsetzung — wie übrigens ganz allgemein geschieht — raisonniren zu wollen, während man ebenso gut e contrario daraus folgern könnte.

[1] Siehe die Stellen in Anm. 3, S. 54.

[2] L. 5 pr.; L. 6; L. 10; L. 12 de bon. poss. sec. tab. (37, 11); L. 12; L. 13 qui satisd. cog. (2, 8); L. 8 pr. de stip. pret. (46, 5).

mögensvererbung zu reagiren und sich ihm als eine freie Totalität im prätorischen Erbrecht entgegenzustellen beginnt.[1]

Es liegt ebenso außer dem Plane wie außer dem Raume des gegenwärtigen Werks, dies nun näher durch die Gliederung der bonorum possessio durchzuführen, die sich übrigens jedem mit Stoff und Gedanken Vertrauten nunmehr von selbst aus dem angegebenen Begriffe zur Totalität ihrer Bestimmungen aufrollen und in ihrem eingreifenden Verhältniß zur civilrechtlichen hereditas entwickeln wird; nur gelegentlich werden wir häufig auf sie zurückkommen und diesen ihren Begriff näher belegen.

Wir kehren also zu dem civilen Erbrecht zurück, das uns allein hier beschäftigt, und haben jetzt den Nachweis zu bringen, daß nicht nur im Gedanken das Erbrecht nur in der im Erben gesetzten Fortdauer des erblasserischen Willens (Erbeinsetzung) besteht und von der Vermögens-

[1] Es zeigt sich von hier aus das relativ Richtige, innerlich Richtige in der Meinung derer, die, wie Hugo (Rechtsgesch., II, 238), die bonorum possessio aus dem jus gentium entspringen lassen. Nicht das nämlich wird also nach unserer Ansicht hieran das Richtige sein, daß die bonorum possessio ursprünglich von dem praetor peregrinus den Fremden in Rom bewilligt und aus seinem Edict in das Edict des praetor urbanus hinübergeflossen sei, sondern die bonorum possessio beruht auf denselben Ankämpfen des Gedankens des jus gentium gegen das jus civile, welches die ganze römische Rechtsgeschichte beherrscht. — Relativ am richtigsten noch hat Gans (Erbrecht, II, Kap. 6) die allgemeine Stellung der bonorum possessio zur hereditas angegeben. Allein diese Richtigkeit ist noch eine ganz abstracte, die eben nur in der Stellung besteht, welche er beiden Systemen als geschlossenen Totalitäten gegeneinander zuweist. Wenn Gans (das. S. 465) sagt: die bonorum possessio, dem römischen Erbrecht gegenüber, hat die Bedeutung des abstract Freien, im Gegensatz des abstract Substantiellen", so ist das richtig, aber selbst noch ganz abstract gesagt. Was fehlt, ist, was dem gesammten Werke von Gans überhaupt fehlt, nämlich anzugeben, in welchem bestimmten Gedankeninhalt das Substantielle im römischen Erbrecht bestehe. Dies concret Substantielle besteht aber eben nur in dem oben explicirten Gedanken des Erbthums als Dasein der Willensunendlichkeit, welcher erst in der Trennung der Willensvererbung von der Vermögensvererbung in ganzer Schärfe hervortritt, wie sich das oben immer deutlicher ergeben wird. Ohne diese Inhaltsangabe bleiben die Bezeichnungen des abstract Substantiellen und abstract Freien selbst so abstract und leer, daß sie sich miteinander vertauschen lassen. Ja, eigentlich ist dies Gans selbst in dem citirten Satze zugestoßen; denn er sieht im Laufe des ganzen Werks das Substantielle im römischen Erbrecht irrig nur in der Intestaterbfolge, wogegen ihm das Testament nur als das abstract Willkürliche erscheint (während dasselbe, wie nachgewiesen, erst wahrhaft den substantiellen Inhalt des römischen Geistes zum Dasein bringt); wenn er also hier die bon. poss. als das Freie, im Gegensatz zum testamentarischen Erbrecht als dem Substantiellen bezeichnet, so nimmt er diesen Ausdruck plötzlich in einer seinem ganzen Werke widersprechenden und von ihm nicht näher erklärten Bedeutung.

nachfolge, die dem Willen nur als sein Accessorium zufällt, unterschieden ist, sondern daß dies so wahr und so sehr der specifische Begriff des römischen Erbrechts ist, daß nicht nur sogar die reale Trennung beider Seiten eintreten und der Erbe auch factisch als Erbe des Willens erscheinen kann, ohne Erbe des Vermögens zu sein; sondern daß es eine Zeit des jus civile gegeben, wo diese Spaltung herrschende Sitte war, ja daß diese Zeit allein sich als die Zeit des echten und ungeschwächten jus civile, als die Zeit des civilistischen Erbthums in seiner noch unversehrten markigen Lebendigkeit herausstellt.

VI. Die Spaltung. Das reale Hervortreten der Momente der Idee.

Es bedarf aber, um dies und das oben (S. 21—26) hierüber aprioriſch Entwickelte in sinnlichster Evidenz hervortreten zu lassen, zunächst nur eines Blicks auf eine Stelle des Gajus.

„*Sed olim quidem licebat, totum patrimonium* legatis *atque* libertatibus erogare *nec quicquam heredi relinquere* praeterquam *inane nomen heredis;* idque lex XII tabularum permittere videbatur, qua cavetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his verbis: Uti legassit suae rei, ita jus esto; quare qui scripti heredes erant, ab hereditate se abstinebant *et idcirco plerique intestati moriebantur.*“ [1]

Bis aufs kleinste tritt hier also alles das hervor, was wir oben aprioriſch als die paradoxe, aber nothwendige Consequenz des speculativen Begriffs entwickelt haben, als das entscheidende Kennzeichen dessen, ob der von uns nachgewiesene speculative Begriff wirklich der das römische Erbrecht beherrschende sei. Früher, sagt Gajus, stand es frei, die gesammte Erbmasse durch Legate zu erschöpfen und dem Erben nichts zu hinterlassen, außer dem leeren Namen des Erben. Jene Unabhängigkeit des Begriffs des Erben — als des bloßen Fortsetzers der reinen Willenssubjectivität des Todten — von der Vermögenszuwendung, ja die reale Trennung, in die beide Seiten gegeneinander treten können, dies also, daß der Erbe nur als Erbe des Willens, nicht des Vermögens des Testators erscheint, — diese ungeheuere Paradoxie, welche unsern heutigen Begriffen von Erbrecht, welche die Autoren unwillkürlich auch dem römischen zu Grunde legen, so sehr wider-

[1] Gajus, II, 224.

spricht, daß sie auf den ersten Blick nicht einmal einen Sinn zu gewähren scheint, diese Paradoxie zeigt sich also durch historischen Beweis als der specifische und charakteristische Geist des römischen Erbrechts! Durch die Vermögensverfügung der Legate wurde das Vermögen erschöpft, durch die Erbeinsetzung nur die ideelle Bedeutung des Willenserhalters, „der leere Name des Erben", wie Gajus sagt, auf seine Person übertragen. Und man beachte wohl, Gajus bekundet nicht nur, wie man meint, daß dies nach der Auslegung der Zwölftafelgesetze erlaubt war. Obgleich schon ein so bizarres Recht, das unsern Erbbegriff so gänzlich aufzuheben scheint, schlechterdings eine innere Erklärung erfordert hätte, wenn eine solche nach der bisherigen Auffassung des römischen Erbrechts eben möglich gewesen wäre. Gajus aber bezeugt noch mehr. Er bezeugt auch, daß diese Weise des Testirens nicht nur erlaubt war, sondern auch so häufig vorkam, so allgemein üblich war, daß sie sogar die Regel bildete, sodaß deshalb die meisten (*et idcirco plerique*), weil die Erben nun ausschlugen und das Testament also zusammenfiel, als intestati starben.[1] Gebe man uns nun heute hundertmal ein Gesetz, welches uns die allerfreieste Vermögensverfügung im Testament und auch diese reale Enterbung des Erben erlaubte, wer, glaubt man wol, würde von letzterer Befugniß Gebrauch machen? Wer heutzutage würde, wenn er die unbeschränkteste Befugniß hat, zum Erben einzusetzen, wen er will, jemand zum Erben einsetzen, den er hinterher realiter wieder enterben will? Man fühlt also, daß nicht das Geringste damit gethan war, wenn jenes Recht als solches z. B. damit erklärt wurde, daß es aus dem Formalismus einer zu ängstlich-strengen Festhaltung an dem Buchstaben des Zwölftafelgesetzes entstanden sei, diesem allezeit offenen Schlupfwinkel, in den sich überall beim Römischen Recht jeder sofort rettet, wenn er das Wesen der Sache nicht zu durchdringen vermag. Denn diese Erklärung würde jedenfalls gänzlich unerklärt lassen, warum die Römer von einer ihnen nur durch zu formalistische Auslegung gegebenen Befugniß auch Gebrauch gemacht, und zwar in der Regel Gebrauch gemacht haben. Die Thatsache dieses Gebrauchs verlangt also jedenfalls noch eine andere, sie aus dem Innern des bestimmten Volksgeistes ableitende Erklärung. Ist eine solche aber gegeben, so ist mit derselben von selbst auch jenes Recht plötzlich durchsichtig geworden und aus seiner angeblichen Buchstabenquelle in sein inwendiges Wesen umgebogen, und es zeigt sich daher an diesem Beispiel recht deutlich, was es mit der Erklärung aus dem Buchstabenformalis-

[1] Sodaß hieraus nun, worüber bald mehr, die lex Furia entsprang (s. Gajus, a. a. O.), durch welche der erste Schritt auf der Laufbahn geschieht, den Erben nothwendig mit Vermögen zu erfüllen.

mus überhaupt auf sich hat, eine Erklärung, die nur erklärt, daß etwas nicht erklärt werden könne.

Sonderbares, unbegreifliches Volk also, muß es scheinen, diese Römer! Erst enterben sie die eigenen Kinder, um einen freigewählten Erben einzusetzen. Und dann enterben sie wieder diesen in absolutester Freiheit gewählten Erben, um das Vermögen Legataren zuzuwenden!

Es liegt auf der Hand, daß solange, wie bisher, nicht einmal die Frage nach der Quelle dieses so unbegreiflichen und befremdenden Widerspruchs und seiner Lösung aufgeworfen wurde, solange auch nicht einmal der Versuch gemacht war, in den Geist des römischen Erbrechts einzudringen.

Uns aber hat sich nun mit der Frage zugleich auch die Lösung derselben im voraus ergeben. Denn dieser Widerspruch ist überhaupt gar kein anderer als der Widerspruch des römischen und unsers heutigen Erbbegriffs. Dieser Widerspruch entsteht überhaupt nur, wenn das Vermögen, als zum Wesen des Erbthums gehörig, das Erbthum als Vermögensnachfolge gedacht wird. Für uns hat sich statt dessen bereits in dem Frühern ergeben, aus welcher Quelle sowol jenes Recht, als auch die herrschende Sitte seiner thatsächlichen Anwendung nothwendig herfließt. Es ist jene specifische Anschauung des römischen Geistes, es ist sein inhaltlicher Begriff des Erbthums selbst, welcher jenes Recht setzt und zugleich die allgemeine Anwendung desselben nicht nur hervorbringt, sondern hervorbringen muß, weil sie eben im Wesen der römischen Erbauffassung ihre Wurzel hat. Ja, es ist ersichtlich, wie in der realen Anwendung dieser Spaltung, die uns allein in die wahrhafte Substanz des römischen Erbrechts blicken läßt, das höchste Interesse, die gesteigertste Befriedigung des Erblassers liegen muß.

Wenn der Begriff des Erbthums ist, die Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjectivität zu realisiren, so liegt das Interesse des Erblassers nicht darin, daß der Erbe hat, sondern daß der Erbe handelt, nach seinem, des Erblassers, Willen handelt.[1] Den Erben nach

[1] Sehr deutlich lassen dies oft die Aussprüche der Dichter hervortreten, s. Ovid. Tristia, I, 2, Vs. 53.

Est aliquid fatoque suo ferroque cadentem
In solida moriens ponere corpus humo,
Et mandare suis aliqua et sperare sepulcrum.

Nicht darauf, daß der Erblasser den Erben etwas hinterläßt, für sie sorgt u. s. w. — darauf, daß er ihnen Aufträge gibt, sie nach seinem Willen handeln macht, kommt es ihm an. Noch deutlicher Ovid. Tristia, III, 3, Vs. 43:

Nec mandata dabo? nec cum clamore supremo
Labentes oculos condet amici manus?

seinem Willen handeln zu machen, ist daher der Triumph des Erblassers, der echte Beweis von der Fortdauer seines Willens, und wir werden diesen Satz später bei der Legatenlehre in seiner concreten Wichtigkeit sich näher entfalten sehen. Aber solange der Erbe noch hat und handelt, ist die Situation immer noch zweideutig. Es bleibt immer noch möglich, daß es nur sein eigenes Interesse ist, welches den Erben zum Erbthum bestimmt. So wäre dann gar nicht der Erbe die Fortexistenz des erblasserischen Willens, sondern es wäre sein eigenes Interesse und sein eigener egoistischer Wille, der im Erben lebendig wäre und die erblasserische Willenssubjectivität, statt sie fortzusetzen, nur verschlungen und vernichtet hätte. Aber ein entscheidendes Mittel hat der Erblasser, um sich zu vergewissern und es zur zweifellosesten Sicherheit zu bringen, daß es sein Wille ist, der im Erben existirt und fortlebt, nicht dessen eigener Egoismus. Dies Mittel besteht darin, dem Erben nicht das geringste eigene Interesse zu gewähren, ihn vielmehr in directen Gegensatz mit seinem egoistischen Interesse zu bringen. Der Erbe, der nichts bekommt und dennoch Erbe ist und nach dem Willen des Erblassers handelt[1] — der enterbte Erbe[2] —, ist der unerschütterliche Beweis, daß es der erblasserische Wille ist, der in ihm fortexistirt. Der enterbte Erbe ist der gipfelnde Triumph des erblasserischen Willens, die absolute Gewißheit und der höchste Genuß seiner Fortexistenz, den sich dieser Wille geben kann. Im enterbten Erben feiert und befriedigt dieser transscendente Wille seinen wollüstigsten metaphysischen Kitzel![3]

Aber schon ist mit dieser höchsten triumphirenden Stellung des Erblassers auch das Moment der Reibung gegeben, welches dieses starre, idealistische Erbthum endlich in geschichtlichen Fluß bringen und aus sich herauszutreten zwingen muß.

---

[1] Nämlich die Legate vertheilt.

[2] Der noch zu den Schulden und Lasten der Erbschaft verpflichtet bleibt, wogegen er sich, wenn diese nicht durch Legate gedeckt sind, durch Transactionen mit den Legataren decken kann, ähnlich wie Gajus es uns vom Fiduciarerben in Bezug auf die Fideicommissare erzählt; siehe hierüber sub Nr. IX.

[3] Man sieht jetzt übrigens, wie der Römer bei diesem Erbthum auch sehr gut das Mittel hatte, die Ehre der Willensidentität (s. S. 50) einem Freunde und das Vermögen durch Legate den Kindern zuzuwenden.

VII. Die Spaltung und das Moment der Reibung. Der geschichtliche Verlauf desselben. Die lex Furia, lex Voconia, lex Falcidia.

Nachdem Gajus a. a. O. gesagt hat: „et idcirco plerique intestati moriebantur", fährt er so fort: „Itaque lata est lex Furia, qua exceptis personis quibusdam, ceteris plus mille assibus legatorum nomine mortisve causa capere permissum non est." Weil also, sagt Gajus, die testamentarischen Erben ausschlagen und so die meisten ab intestato beerbt werden mußten, so wurde deshalb die lex Furia erlassen, durch welche verfügt wurde, daß, mit Ausnahme gewisser Personen (wahrscheinlich der Kinder und nächsten Anverwandten[1]), kein Legatar ein größeres Legat als tausend Aß nehmen darf.[2]

„Aber", fährt Gajus sehr naiv fort, „auch dieses Gesetz vollbrachte nicht, was es wollte (sed et haec lex non perfecit *quod voluit*); denn wer z. B. fünftausend Aß im Vermögen hatte, konnte dadurch, daß er fünf einzelnen Legataren je tausend Aß legirte, das ganze Vermögen erschöpfen."[3]

Wie naiv auch die bald näher zu betrachtende Vorstellung des Gajus sei, das Gesetz habe „nicht vollbracht, was es wollte", seine thatsächliche Kritik, daß dem Erben dadurch noch keineswegs irgendwelcher Antheil am realen Vermögen gesichert worden sei, bleibt richtig. „Deshalb", fährt Gajus weiter fort, „wurde später die lex Voconia erlassen, durch welche verfügt wurde, daß keinem erlaubt sein solle, auf Grund von Legaten oder von Todes wegen überhaupt mehr zu nehmen als die Erben[4]; aus welchem Gesetze die Erben doch wenigstens irgend-

---

[1] Dann sollte also an dem in der vorigen Note Bemerkten noch nicht einmal durch die lex Furia irgendetwas geändert werden.

[2] Auch die Ausdrucksweise des Gesetzes ist zu bemerken. Es wird nicht dem Testator verboten, einem Legatar mehr als tausend Aß zu legiren — und wenn er es dennoch thut, kann daher sein Testament weder als solches, noch in Bezug auf das Legat in den Verdacht gerathen, als gegen Verbotsgesetze angehend ungültig zu sein —, sondern blos dem Legatar wird verboten, mehr als tausend Aß zu nehmen (legatorum nomine mortisve causa *capere*), wodurch nun das von ihm nicht Genommene von selbst in der Willensherrschaft des Willenscontinuators verbleibt.

[3] Gajus, II, 225: qui enim verbi gratia quinque millium aeris patrimonium habebat, poterat quinque hominibus singulis millenos asses legando totum patrimonium erogare.

[4] D. h. mehr als der Erbe (ex asse), oder als alle Erben zusammengenommen.

etwas nothwendig zu haben schienen.“[1] Aber es scheint, nach Gajus, ein eigener Unstern über der römischen Gesetzgebung zu schweben, denn er fährt fort: „sed tamen vitium simile nascebatur“. „Aber dennoch entstand auch hier ein ähnlicher Fehler“, ein ähnlicher nämlich, wie bei der lex Furia; also auch die lex Voconia vollbringt wieder nicht, was sie vollbringen will. „Denn durch Zerstückelung des Vermögens auf eine große Anzahl von Legataren konnte man dem Erben ein solches Minimum hinterlassen, daß es für ihn nicht lohnte, wegen dieses Gewinnes die Lasten der ganzen Erbschaft auf sich zu nehmen.“[2]

Immer also, meint Gajus, ist der Zweck, den schon die lex Furia hatte, noch nicht erreicht. Endlich wird er es! „Und so wurde denn die lex Falcidia erlassen, durch welche verfügt wurde, daß es nicht freistehen solle, über mehr als drei Viertel des Vermögens durch Vermächtniß zu verfügen; und so ist es denn nothwendig, daß der Erbe den vierten Theil der Erbschaft hat; und das ist das Recht, das jetzt bei uns besteht.“[3]

Gajus hat uns also nicht blos oben gesagt, daß es in der alten Zeit des Zwölftafelrechts herrschende Sitte war, dem Erben nichts zu hinterlassen, so sehr herrschende Sitte, daß nun die meisten Erblasser, da die Testamentserben deshalb ausschlugen, ab intestato beerbt werden mußten; sondern er beweist dies nun auch, indem gerade zur Abhülfe dieses Uebelstandes[4] — der also nothwendig ein sehr häufig eintretender gewesen sein muß — sogar ein besonderes Gesetz, die lex Furia, erlassen wurde, der, da sie jenem Uebelstande doch nicht abhilft, die lex Voconia und, da diese wiederum nicht abhilft, endlich die lex Falcidia folgt, welche wahrhafte Abhülfe schafft.

In Bezug auf diesen rein thatsächlichen Inhalt ist die Stelle des Gajus ebenso klar wie unangreifbar. Aber was einer andern Er-

---

[1] Gajus, II, 226: Ideo postea lata est lex Voconia, qua cautum est, ne cui plus legatorum nomine mortisve causa capere liceret quam heredes caperent; ex qua lege plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur.

[2] Nam in multas legatariorum personas distributo patrimonio poterant adeo heredi minimum relinquere, ut non expediret heredi hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere.

[3] Lata est itaque lex Falcidia qua cautum est, ne plus legare liceat quam dodrantem; itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditas habeat; et hoc jure nunc utimur; vgl. Ulpian, Fr. XXIV, §. 32.

[4] Es wird sich später bei der Darlegung des Begriffs der Inteſtaterbfolge zeigen, daß und warum es für den römischen Geist durchaus nicht gleichgültig sein konnte, ob Testaments- oder Inteſtaterbschaft eintrat. Beide zwar sind civiles Erbthum oder Willenscontinuation, aber nur das teſtamentariſche Erbthum ist die Realisation dieses Begriffs in ſeiner adäquateſten Form.

klärung bedarf, als Gajus sie zu geben vermochte, das ist das Verhältniß dieser drei Gesetze zueinander und der dadurch im Erbthum vor sich gehenden Entwickelung.

Gajus macht sich freilich die Sache sehr leicht, indem er einfach sagt, die lex Furia „vollbrachte nicht, was sie vollbringen wollte", woraus die lex Voconia hervorgegangen sei. Dieser aber sei das gleiche Unglück zugestoßen, und so habe man denn nun endlich die lex Falcidia erlassen, die nach dieser Darstellung nur das vollbrachte, was schon vor ihr die lex Voconia, und schon vor dieser die lex Furia vollbringen gewollt hatte.

Und weil Gajus dies sagt[1], ist man denn auch darin bisher allgemein seiner Darstellung gefolgt. Ja, selbst ein so geistvoller Mann, wie Gans, behält dieselbe noch im wesentlichen bei.[2]

---

[1] Vgl. die entsprechende Darstellung der Inst., II, 22, ad leg. Falc.

[2] Gans faßt daher diese Gesetze auch irrthümlich als einen Kampf zwischen dem Erben und dem Legatar auf und verfehlt selbst des Gajus Sinn, indem er dessen Worte so versteht: die lex Furia sei erlassen worden, „indem nun das Ausschlagen des Erben dem Testamente, also selbst den Legaten gefährlich wurde", also im Interesse der Legate und ihres Bestandes, woran auch Gajus gar nicht denkt. Die lex Furia wurde vielmehr im Interesse der Erblasser erlassen, damit diese nicht durch das Ausschlagen der Erben um den gewollten testamentarischen Willensfortsetzer kämen, wie es deshalb auch in den Inst., II, 22, heißt: „Idque (der Erlaß der lex Furia) *ipsorum testatorum gratia* provisum est ob id quod plerique intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire." Aber Gans ist, weil er Erbthum und Testament ihrem Wesen nach ebenso gut wie die positiven Juristen sämmtlich noch für eine Vermögensverfügung hält (siehe z. B. Gans, II, 173: „da das Testament die Beziehung des testirenden Willens auf das Vermögen ist", und allerwärts), gerade wegen seiner philosophischen Consequenz zu einem der größten begrifflichen und historischen Irrthümer gelangt, die überhaupt im Erbrecht möglich sind; zu der Folgerung nämlich, daß unter dem Zwölftafelrecht, vor der lex Furia, Erbe und Legatar gleiche Bedeutung haben, und daß sich erst durch die lex Furia, Voconia und Falcidia der Unterschied zwischen ihnen entwickelt. Gans, II, 187: „Dem Kampf der Testamentserbschaft und des Legats geht daher dasjenige Moment voran, worin beide noch nicht unterschieden sind, d. h. sich noch nicht feindlich gegenüberstehen .... Testamentserbschaft und Legat sind nach dem Ausspruch der zwölf Tafeln, uti legassit, noch ganz ineinander und gegeneinander gehalten von völlig gleicher Bedeutung." Dieser Irrthum ist der absolute, denn der begriffliche wie juristische Gegensatz von heres und Legatar (Willensfortsetzer und Vermögensnehmer) ist seit den ältesten Zeiten des Römischen Rechts der diametrale gewesen, und wenn er auch nie ganz aufhörte, so lange Römisches Recht existirte, so war er am stärksten doch gerade in der Zeit des ältesten Römischen Rechts, und gerade die geschichtliche Fortbewegung desselben bringt vielmehr (wie dies die sehr natürliche Folge der um sich greifenden Anschauung war, daß der Erbe mit Vermögen erfüllt sein müsse)

Wird es denn aber wirklich möglich sein, diese Ansicht irgend ernsthaft festhalten zu wollen? Wenn schon die lex Furia vollbringen *wollte*, was ihr mislang, nach ihr der lex Voconia mislingt und erst durch die Falcidia erreicht wird, so war es also in letzter Instanz, und ohne Wortverhüllung gesprochen, nur eine *Redactionsungeschicklichkeit*, welche die lex Furia verhindert, sofort selbst ihren Zweck zu erreichen! Eine Redactionsungeschicklichkeit, die gar nicht aufhört, dies zu sein, wenn man sie auch, wie Gans a. a. O., in eine „Einseitigkeit der Verordnung" umtauft, die sich „aber sehr bald bemerkbar gemacht" habe; als ob es den Römern nicht schon beim Erlaß der lex Furia und wieder der lex Voconia hätte klar sein müssen, daß die totale Enterbung des Erben, dort durch Zertheilung des Vermögens unter viele Legatare, hier durch ähnliche Häufung von Legataren, verbunden mit den auf den Erben fallenden Lasten der Erbschaft, möglich bleibe, und als ob erst die Praxis hierüber habe belehren müssen.

Die Ansicht von einer solchen Redactionsungeschicklichkeit, vermöge welcher die Gesetze *nicht erreichen*, was sie selbst erreichen *wollen* — eine Ansicht, seltsam genug, zumal bei einem solchen Volk von Gesetzeskünstlern wie die Römer — wird doch aber schon zur radicalsten Unmöglichkeit, wenn man nur einen Blick auf das chronologische Verhältniß dieser Gesetze zueinander wirft. Das Datum der lex Furia steht nicht ganz fest. Sie wird aber in der Regel auf das Jahr 571 nach Erbauung Roms gesetzt, und jedenfalls muß sie vor der lex Voconia ergangen sein. Aber von der lex Voconia steht fest, daß sie im Jahre 585, und von der lex Falcidia, daß sie im Jahre 714 p. u. c. ergangen ist.[1] Zwischen der lex Furia und der Voconia verfließen also ganze vierzehn Jahre, ohne daß den Römern die Redactionsungeschicklichkeit, resp. Mangelhaftigkeit des Gesetzes zum Bewußtsein kommt, und von der lex Voconia, von der Gans (a. a. O., S. 192) sagt, daß ihre „Einseitigkeit . . . *sogleich sichtbar wird*", dauert es sogar *hundertunddreißig Jahre*, bis diese Einseitigkeit den, wie es scheint, sehr schwer begreifenden Römern deutlich und durch die lex Falcidia verbessert wird!

---

hervor, daß sich *Erbe* und *Legatar* mählich einander *annähern* und ihr Gegensatz sich *abschwächt*, wie sich dies bei der fideicommissarischen und bei der Beneficiarerbschaft deutlich zeigt, worüber später. Dennoch ist die *Nothwendigkeit* jenes so absoluten, unhistorischen Irrthums von Gans einleuchtend. Denn wenn man einmal von der Grundanschauung ausgeht, daß das Wesen des Erbrechts *Vermögensnachfolge* sei, so kann man dann allerdings in der Zeit, wo Erbe und Legatar gleich bedacht werden können, *consequent* auch keinen Unterschied zwischen beiden mehr sehen.

[1] Dio Cassius, XLVIII, 33; LVI, 10, und Eusebius, Chronic. a. 1970.

Wer wird bestreiten wollen, daß hier ein ganz anderes vorliegen muß, daß diese einen fast hundertundfunfzigjährigen Zeitraum umfassenden drei Gesetze nur zu begreifen sind als ein sich in denselben vollziehender schwerer und hartnäckiger Kampf, den der römische Geist mit seinen innersten Anschauungen kämpft, als ein furchtbares Ringen desselben mit seiner eigensten Substanz; als ein Kampf, gekämpft, nicht, wie man glaubt, zwischen Erben und Legatar — denn der Legatar hat weder Erben noch Erblasser gegenüber die gleichberechtigte, selbständige Stellung, einen Kampf mit ihnen eingehen zu können —, sondern ein Kampf, gekämpft im tiefsten Wesen des römischen Erbbegriffs selbst, somit ein Kampf, gekämpft lediglich und allein zwischen — Erben und Erblasser!

Sprechen wir es zunächst mit Einem Worte aus, was hier schon vollständig durchsichtig sein muß: diese drei Gesetze stellen nichts anderes dar als die schrittweise Ausgleichung des selbständigen römischen Erbbegriffs mit der Vermögenshinterlassenschaft; nichts anderes als die schrittweise Erweichung und Abarbeitung jenes starren idealistischen Erbthums und dessen ebenso hartnäckigen, nur Schritt für Schritt weichenden Widerstand; nichts anderes als somit, was hiermit identisch ist, die allmähliche Abreibung des civilistischen Moments innerhalb des civilen Erbrechts selbst — eine Bewegung, auf die sich, wie wir später sehen werden, die gesammte Geschichte des römischen Erbrechts zurückführt —; nichts anderes endlich als den allmählichen und endlichen Durchbruch der Anschauung: der Erbe muß mit Vermögen erfüllt, das Erbthum von realer Vermögenszuwendung begleitet sein. Es ist innerlich nur dieselbe Anschauung, die wir als den Grundsatz sacra cum pecunia bereits als einen Wendepunkt im Pontificalrecht haben entstehen sehen, welche endlich auch im Civilrecht ihren entscheidenden Sieg mit der lex Falcidia feiert. Es ist dieselbe Anschauung, denn wenn das Vermögen an und für sich die nur dem Erbcharakter entfließende Verpflichtung zu den sacris übertragen soll, so ist eben die principielle Verknüpfung beider gesetzt (wie Cicero auch sagt sacra conjuncta cum pecunia), und es ist dann also nur die umgekehrte, aber auf dasselbe Princip sich zurückführende Folge, daß auch das Erbthum, dessen religiöser Ausdruck die sacra sind, mit Antheil am realen Vermögen verknüpft sein muß.

Aber diese Anschauung, daß der Erbe mit Vermögen erfüllt, nothwendiger realer Vermögensnehmer sein müsse — wie ist sie denn entstanden? Wie konnte sie nur plötzlich in dem starren idealistischen Geiste des civilistischen Erbthums, dessen strictes dialektisches Gegentheil sie ist, entstehen? Nichts wäre erklärt, solange dies nicht erklärt wäre.

Denn wenn diese Anschauung ein so entschiedenes inneres Gegentheil des echten römischen Erbbegriffs ist, wie aus unserer Darstellung folgt, so konnte sie doch nicht auf einmal in den römischen Geist blos hineinschneien, und alles bliebe daher unbegreiflich, wenn nicht die innere dialektische Nothwendigkeit aufzuweisen wäre, vermöge welcher sich der starre römische Erbbegriff der idealistischen Willensfortsetzung endlich zur Auffassung des Erben als eines nothwendigen Vermögenserwerbes treiben muß.

In der That aber ist dieser innere Uebergang schon in dem enthalten, was wir am Ende der vorigen Nummer (S. 59 fg.) nachgewiesen haben.

Der enterbte Erbe, zeigten wir dort, d. h. der realiter nichts empfangende Erbe ist der höchste Triumph des Erblassers. Denn in ihm hat er die entscheidende Gewähr, daß es sein Wille, und nicht das eigene Interesse und also der eigene Wille des Erben ist, der in diesem fortexistirt. Im enterbten Erben feiert daher der erblasserische Egoismus die seligste Gewißheit seiner Fortexistenz. Aber in dieser triumphirenden Stellung des Erblassers, sagten wir daselbst, ist auch schon das Moment der Reibung gegeben, welches dies starre idealistische Erbthum zur Fortbewegung zwingen und in Fluß bringen muß.

Denn durch diesen höchsten Willensegoismus des Erblassers, durch welchen er die Willenssubjectivität des Erben in der That vernichtet und unterwirft und zum leeren selbstlosen Gehäuse der seinigen macht, fordert derselbe dadurch auch den Willensegoismus des Erben zum Widerstand heraus. Der Egoismus des Erben, der seine eigene Willenssubjectivität nicht vernichten lassen will, und der Widerstand, den er leistet, bildet das immanente Moment der Reibung der beiden Willen, die sich als identische setzen sollen. Und diese Reibung ist es, die dieses Erbthum zur Fortbewegung treiben muß. Es ist also ein Kampf zwischen Erben und Erblasser, der sich erhebt, und in diesem Kampfe, in welchem der Erbe dem Erblasser gegenüber zunächst ganz wehrlos erscheinen könnte, hat er vielmehr das ebenso einfache wie entscheidende Mittel, daß er nicht will, d. h. ausschlägt.

Der subjective Wille des Erblassers kann also die von ihm gewollte Willensfortexistenz nur finden, wenn er sich auf den subjectiven Willen des Erben einläßt und ihn zu befriedigen weiß. Er muß mit dem Erben transigiren, um diesen andern Willen zum Dasein seines Willens zu machen. Er muß sich also mit dem persönlichen Interesse und dem eigenen Willensegoismus des Erben durch irgendeinen Antheil an der realen Hinterlassenschaft abfinden, wenn er sich in dieser andern Willenssubjectivität Fortexistenz geben will. Der endliche, durch seine fortgesetzte Weigerung herbeigeführte Sieg des Erben

in diesem langen Kampfe, oder, was das Resultat dieses Sieges ist, der Triumph der Anschauung, daß der Erbe nothwendig Vermögen erhalten müsse, vollbringt sich erst durch die lex Falcidia.

Aber diese Umwälzung im Erbthum ist eine viel zu tiefe und totale, um sich auf Einen Schlag, um sich ohne langen Kampf und den zähesten Widerstand der Substanz des römischen Volksgeistes erreichen zu lassen.

Zunächst ist hervorzuheben, daß es bis zum Jahre der Stadt 571 dauert, ehe die lex Furia ergeht. Bis zu einem gewissen, dieser lex vorhergehenden Zeitraum muß also der Uebelstand, daß die meisten ausschlagen und also massenhafte Hinfälligkeit von Testamenten eintritt, noch nicht fühlbar gewesen sein, da sonst die Abhülfe der lex Furia früher eingetreten wäre.

Was bewog aber bis dahin, und also jedenfalls einen so äußerst langen Zeitraum hindurch die testamentarischen Erben, mindestens in ihrer großen Mehrzahl, die hereditas zu übernehmen, wenn sie auch keinen Vermögensvortheil davon hatten, und trotz der Belästigungen, in welche sie sogar durch die onera der Erbschaft gerathen konnten?

Hier könnte vielleicht versucht werden, eine Antwort durch eine näher eingehende Untersuchung auf gewisse frühere Testamentsformen abzuleiten. Aber die wahre und wesentliche Antwort bleibt jedenfalls die: In der Zeit des noch gediegenen Volksgeistes kann diese Auflehnung des persönlichen Interesses im Erben nicht um sich greifen, weil das Erbthum eben die bindendste und heiligste Substanz dieses Volksgeistes, sein religiöser und geistiger Centralpunkt, seine specifisch-römischste Ader, seine welthistorische Bedeutung, das innerste Herzensgeheimniß ist, in welches dieser Volksgeist vertieft ist.

Die subjective Willensunsterblichkeit, die Fortexistenz der Willenssubjectivität nach dem Tode, ist der specifische welthistorische Inhalt dieses Geistes, ist somit sein eigenstes religiöses wie öffentliches Interesse, und jeder, der mit ihm vom Becher derselben Substanz getrunken hat, ordnet in religiöser Scheu sein persönliches Interesse dem Willen des Todten, diesem metaphysisch-politischen Interesse des Volksgeistes, unter. Wenn wir später (Nr. X und XV) näher belegen werden, welche Cultusfeier seines eigenen Wesens das Testament für den römischen Volksgeist darstellt, welches Interesse des öffentlichen Geistes jeder einzelne Testator in sich concentrirt, wird diese Unterordnung zur Zeit der in den Individuen noch unaufgelockerten gediegenen Herrschaft des Volksgeistes vollends nicht im geringsten wundernehmen können. Nur Solchen würde diese Erklärung vielleicht schwach und unbewiesen erscheinen können, welche sich niemals aus ihren subjectiven rationalistischen Anschauungen heraus in das Wesen eines Volksgeistes versenkt, niemals einen Begriff erlangt haben von dem stummen Zwange, welcher in jeder classischen Zeit aus

der geistigen Einheit desselben für alle Individuen dieses Volkes quillt, sie als ihr wahrhaftes Band zusammenbindet und weit intensiver als Gesetz und Rechtsvorschrift in den Zeiten auflockernden Subjectivismus ihr Handeln bestimmt.

Aber selbst für Solche ist der unwiderlegliche Beweis des Gesagten zur Stelle. Dieser mit Händen greifbare Beweis ist nichts anderes als — die Sitte der Fiduciarerbschaft, durch deren bloße Erwähnung in diesem Zusammenhange schon klar sein muß, wie sie nichts als die letzte analoge Nachbildung jenes enterbten civilistischen Willenserben darstellt, worüber später (Nr. X). Allein abgesehen einstweilen von allem nähern Eingehen — soviel steht jedenfalls fest, daß der Fiduciarerbe gleichfalls nicht das geringste reale Emolument aus dem Vermögen empfängt oder zu empfangen braucht, ja, daß auch ihn die Lasten der Erbschaft treffen. Was zwingt denn nun den Fiduciarerben, die Erbschaft, von der er nichts behalten soll, anzutreten? Was zwingt ihn, sie, deren Restitution erst mit dem Verfall der Republik, unter Augustus, erzwingbar wird, herauszugeben?

Und dennoch, was steht mehr historisch fest, als die Treue und Unterwerfung unter den Willen des Todten, mit welcher diese Fiduciarerbschaften angetreten und ausgeantwortet werden? Eine Treue und Unterwerfung, ohne deren regelmäßiges Eintreten, sodaß man mit Sicherheit darauf zählen konnte, ein solcher Gebrauch gar nicht hätte um sich greifen, ein solches Institut gar nicht hätte zur Existenz gelangen können; eine Treue und Unterwerfung, von deren traditioneller Regelmäßigkeit gerade das Zetergeschrei, das die Römer noch in so später Zeit wie der des Cicero erheben, wenn jetzt die Ausnahme der Nichtausantwortung der Erbschaft einzutreten und jetzt allerdings um sich zu greifen beginnt, den besten Beweis liefert!

Es ist also das erste sehr bemerkenswerthe Moment, daß es bis zum Jahre 571 dauert, ehe das Umsichgreifen der Testamentsrepudiationen wegen des verletzten Interesses des Erben fühlbar und eine Abhülfe zum Bedürfniß wird. Und daß ein so langer Zeitraum bis dahin — mindestens müßte derselbe doch von der Zwölftafelgesetzgebung an, also immerhin über ein Vierteljahrtausend umfassend, gerechnet werden — verfließen konnte, ist kein geringer Beweis von jener innersten untrennbaren Gediegenheit, mit welcher dieser transscendente Begriff der durch das Erbthum zu realisirenden Willensunsterblichkeit die Substanz des römischen Volksgeistes durchdringt.

Als aber die substantielle Gediegenheit des Volksgeistes sich überhaupt aufzulockern beginnt, und der Egoismus und Subjectivismus der Individuen um sich zu greifen anfängt, da kann und muß auch der Egoismus des Erben anfangen, sich gegen den Erblasser geltend zu machen. Der Erbe,

der seinen persönlichen Vortheil nicht gewahrt findet, setzt seinen Egoismus dem durch die gesammte metaphysisch-religiöse Grundlage des Volksgeistes verklärten und daher nicht als Egoismus, sondern als Substanz erscheinenden Egoismus des Erblassers entgegen, und weigert sich, ihm auf solche Bedingungen hin Willensfortsetzer zu sein. Die Ausschlagungen werden massenhaft, und die Nothwendigkeit einer Abhülfe tritt ein. Die chronologischen Data sind sehr bezeichnend. Es ist die letzte Periode der Republik, die Periode des bereits beginnenden Verderbens, in welcher die lex Furia erlassen wird und also der erste Versuch einer Abhülfe erforderlich wird.

Daß eine Abhülfe erforderlich wird, daß massenhaftes Ausschlagen der Testamentserben eine Calamität für den Volksgeist darstellen muß, obgleich ja jetzt die Intestaterben darankommen, und also nach wie vor civiles Erbthum eintritt, — dies wird sich durch unsere spätere Erörterung des Verhältnisses der Intestaterbschaft zur Testamentserbschaft klar ergeben. Denn es wird sich daselbst zeigen, daß die Intestaterbschaft für den römischen Geist nur ein subsidiäres Surrogat, durchaus kein Aequivalent mit der testamentarischen Erbschaft darstellt, und das massenhafte Eintreten der Intestaterbschaft daher durchaus nicht jene Calamität zu beseitigen vermag.[1] Ebenso ist schon nach dem Bisherigen klar, daß es das ganze Volk ist, welches, also durch ein Gesetz, zur Beseitigung dieses Conflicts interveniren muß, dessen Abmachung vom römischen Standpunkt aus durchaus nicht dem einzelnen Erblasser und seinem Erben überlassen werden kann. Denn es ist nicht blos das Los des einzelnen Erblassers, sondern eben die Substanz des ganzen Volkes, das höchste metaphysische Daseinsinteresse des öffentlichen Geistes, welches bei der Gefahr des Untergangs des testamentarischen Erbthums auf dem Spiele steht.[2]

Aber noch herrscht jener starre idealistische Erbbegriff mit zu großer Gewalt im römischen Geiste vor, um einen directen Angriff auf seine Substanz zu unternehmen, den Willenserhalter für einen nothwendigen Vermögensnehmer zu erklären, dem Erblasser diese höchste triumphatorische Selbstgewißheit seiner Willensfortexistenz, die in dem enterbten Erben liegt, zu verbieten, seine Willenssubjectivität, die vom Erben ja nur erhalten werden soll, vielmehr durch jene des Erben

---

[1] Wohl aber zeigt sich schon von hier aus, wie irrig die Ansichten der Autoren über das Verhältniß des Intestatrechts zum testamentarischen als des Principalen, Vorausgehenden, oder auch als des Gleichberechtigten und Substantiellern sind.

[2] Bereits muß schon lange von selbst ein helles Licht darauf gefallen sein, inwiefern das Testament bei den Römern *juris publici* sein muß; siehe Nr. X und XV.

beugen und zwingen zu lassen — das sind Dinge, die viel zu sehr gegen den innersten Begriff dies Erbthums angehen, um dieselben bereits zu dieser Zeit und ohne ein langes Ringen des römischen Geistes mit sich selbst wagen zu können. Am klarsten wird dies in folgender Wendung: in die Beziehung einzugreifen, welche sich die Willenssubjectivität des Erblassers zu der des Erben gibt, ist überhaupt unmöglich, denn jene Beziehung ist ja nur eine Beziehung der erblasserischen Willenssubjectivität zu sich selbst, zu ihrem eigenen Dasein und Insichsein; denn der Erbe ist ja der Erblasser.[1]

In seiner Willensbeziehung zum Legatar dagegen bezieht sich der Erblasser auf einen Andern. Der Beziehung des einen subjectiven Willens auf einen andern können ohne Anstoß — dies ist ja vielmehr die Bestimmung der Gesetze überhaupt — Gesetze vorgeschrieben werden, und ebenso gut also, wie dem einzelnen Willensact des Lebendigen, können auch dem einzelnen Willensact des Testators, d. i. dem Legat, inhaltliche Vorschriften auferlegt werden.

Der Erbe schleppt also den Legatar auf den Kampfplatz. Und zwar ist es der eigene und wahre Begriff des Legatars, den er gegen diesen ins Treffen schickt. Ich bin, sagt der Erbe, Willensperpetuirer des Todten, gleichviel ob ich von dem Vermögen der Hinterlassenschaft etwas erwerbe oder nicht, und habe daher allerdings keinen nothwendigen Anspruch auf das Vermögen. Aber dann muß auch der Legatar seinerseits seinem Begriffe treu bleiben. Der Begriff des Legatars aber (s. Nr. XIV) besteht darin, daß er im Gegensatz zu mir, der ich Willenserbe, Träger

[1] Dem widerspricht es keineswegs, wenn z. B. ein anderes Kapitel der lex Voconia verbietet, daß Weiber von Bürgern, die auf 100000 Aß in den Censusrollen eingetragen sind, zu Erben gemacht werden können (Gajus, II, 274); denn dies war eine Erbunfähigkeit der Weiber, wenn auch nur eine Erbunfähigkeit in Bezug auf Bürger einer gewissen Klasse, aber immerhin im Princip eine Erbunfähigkeit wie jede andere. Ein ganz anderes, als Personen des Erbthums unfähig erklären, ist dies: der Willensbeziehung des Erblassers zum Erben, d. h. zu dem, der wirklich sein Erbe wird und ist, Gesetze vorschreiben. Dort kommt es gar nicht zum Erbthum und also zur Willensidentification. Hier aber, wenn und indem es zu derselben kommt, den Inhalt der Willensbeziehung zum Erben vorschreiben zu wollen, würde heißen in das Verhältniß dieser Willenssubjectivität zu sich selbst eingreifen. Gerade durch ihre Bestimmung hinsichtlich der Weiber läßt die lex Voconia diesen Unterschied sehr deutlich hervortreten. Sie hindert nicht und will nicht hindern, daß Weiber von Bürgern, die zu 100000 Aß und mehr eingeschrieben sind, die Hälfte ihres Vermögens erben. Aber sie gestattet dies nicht in der Form, daß sie solchen Bürgern erlaubt, Weiber zur Hälfte zu Erben einzusetzen, sondern sie entzieht den letztern die Erbfähigkeit für solche Erbschaften gänzlich — diese einmal zugelassen, wäre die quantitative Beschränkung damals noch unmöglich gewesen —, gestattet ihnen aber den Erwerb der Vermögenshälfte durch Legat.

der ganzen Willenssubjectivität des Erblassers bin, nur reale Vermögensstücke von diesem empfangen kann. So soll er sich denn auch, seinem Begriffe gemäß, auf solches Stückwerk beschränken, kein einzelner Legatar aber das Vermögen in einem solchem Zusammenhang übernehmen, daß durch diesen Zusammenhang auf ihn allein der Widerschein und Reflex der frühern Willensherrschaft fallen kann.

Und so wird denn durch die lex Furia dem Erblasser zwar immer noch gestattet, das Vermögen durch Vertheilung an Legatare zu erschöpfen, aber jedem einzelnen Legatar verboten, mehr als ein geringfügiges Stück, die unbedeutende Summe von tausend Aß zu nehmen. Und auch das ist bemerkenswerth, daß sich selbst dieses Verbot der Form nach nicht gegen den Erblasser richtet, sondern, ebenso wie noch später durch die lex Voconia, dem Erblasser noch völlige Freiheit gelassen und nur dem Legatar das Nehmen — bei Strafe des Vierfachen — verboten wird.

Nichtsdestoweniger wäre es ein großer Irrthum, mit Gans und Andern zu glauben, daß die in der lex Furia bis zur lex Falcidia stattfindende Bewegung ein gegen den Legatar gerichteter Kampf des Erben ist. Der Legatar ist nur der Prügeljunge, auf dessen Rücken der Erbe seinen Kampf mit dem Erblasser schlägt. Ganz entscheidend zeigt sich dies ja in der Aufeinanderfolge dieser Gesetze, dadurch nämlich, daß durch die beiden spätern die Lage des Legatars wieder auf das allererheblichste verbessert wird. Ausgegangen wird von dem Zwölftafelrecht, nach welchem die Lage des Legatars die günstigste ist. Plötzlich wird sie die ungünstigste durch die lex Furia, die ihn auf die Kleinigkeit eines festen Stücks von tausend Aß einschränkt. Durch die lex Voconia wird sie schon auf das erheblichste gebessert, indem der Legatar nun die volle Hälfte des Vermögens, also unendlich mehr als tausend Aß, erhalten kann. Noch viel günstiger wird sie schließlich durch die lex Falcidia, nach welcher er sogar drei Viertel des Vermögens, also mehr als der Erbe selbst erhalten kann. Als Kampf zwischen Erben und Legatar aufgefaßt, wäre also weder Sinn noch Zusammenhang in dieser Entwickelung, während alles in das klarste Licht tritt, wenn man den Sinn und die Richtung dieser Bewegung als einen gegen den Erblasser gerichteten Kampf auffaßt, in welchem der Legatar — seiner passiven Rolle gemäß — gar kein selbständiger Factor ist, nicht derjenige, um den sich's handelt, sondern derjenige, an dem sich's handelt, der bloße Boden des Streits, der daher seine guten und bösen Chancen als ein reines Schicksal je nach den Stadien empfängt, in welche jener Kampf zwischen Erben und Erblasser tritt. Als der Erbe ertrotzt hat, was er vom Erblasser ertrotzen will, hat er nichts dagegen, daß der Legatar sich so breit mache wie er wolle, und weit mehr bekomme als er.

Aber Gajus sagte uns bereits, daß die lex Furia „nicht erreichte,

was sie wollte", weil nun jeder Erblasser sein Vermögen durch Vermächtnisse an lauter einzelne Legatare von je tausend Aß erschöpfen kann, und daß deshalb nun die lex Voconia erlassen wird.

Wie naiv auch in theoretischer Hinsicht die Wendung des Gajus: haec lex non perfecit quod voluit, sein mag, an dem *thatsächlichen Kern* seiner Nachricht läßt sich natürlich nicht im geringsten zweifeln. Die Ausschlagungen der Testamentserben müssen also immer fortgedauert haben; denn sonst ließe sich gar nicht sagen, daß die lex Furia ihren Zweck nicht erreicht habe, und es war gar kein praktischer Anlaß zu dem Erlaß der lex Voconia vorhanden. Die bloße *formelle Möglichkeit*, welche die lex Furia dem Testator übrig ließ, konnte hierzu nicht treiben, wenn die Erblasser nicht auch *praktisch* von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht hätten, und hierdurch also auch der frühere Uebelstand der Ausschlagung praktisch fortgedauert hätte.

Es ist also durch den Bericht des Gajus selbst constatirt — und dies ist auch sein unmittelbarer Wortsinn —, daß die Erblasser auch realiter von jener formellen Möglichkeit, die ihnen die lex Furia noch übrig läßt, Gebrauch machen. *Sie zersplittern also lieber ihr ganzes Vermögen in einzelne Legate à je tausend Aß, um nur dem Erben nichts zukommen zu lassen!* So zäh saß in der Volkssubstanz jene alte Anschauung des Erben als des rein idealistischen Willenserhalters, jener metaphysische Kitzel der nicht durch das eigene Interesse und den eigenen Willensegoismus des Erben verdunkelten Willensfortexistenz des Erblassers! Es erhellt von selbst, wie sich diesen Thatsachen des gajanischen Berichts, ohne unsere gesammten vorhergehenden Ausführungen über den Begriff des römischen Erbthums, auch nicht der geringste Sinn abgewinnen läßt. Denn wie sollte sonst — eine Frage, die man freilich sich auch nur aufzuwerfen sorglich vermieden hat — dieser sonderbare Haß des Erblassers gegen den Erben, der jenen, um diesen nackt zu stellen, sogar vor dieser Vermögenszersplitterung nicht zurückweichen läßt, auch nur irgend begreiflich sein? Aber es zeigt sich hier eben nur wieder ganz klar, wie das Erbrecht für den Erblasser ganz wo anders seinen Begriff und sein Interesse hat als im *Vermögen* und der *Vermögenssphäre*.

Das *Moment der Reibung* zwischen den beiden Willenssubjectivitäten, welche das Institut des Erbthums als *identische* setzen soll, dauert also immer noch fort.

Der Erblasser fährt fort zu enterben, der Erbe fährt fort auszuschlagen.

Der Erbe daher, um den Erblasser zu treffen, schlägt wieder auf den Rücken des Legatars, den selbstlosen Boden dieses Kampfes. Und was er diesmal vorbringt, ist wieder wie das vorige mal eine ebenso

strenge dialektische Folgerung des Legatsbegriffs, als es zugleich die strenge dialektische Consequenz des in der lex Furia an sich schon Enthaltenen ist.

In der That, was hatte der Erbe gegen den Legatar in der lex Furia geltend gemacht? Er hatte gegen ihn (s. oben S. 70 fg.) den Begriff des Legats geltend gemacht, welcher im Gegensatze zum Erbbegriff das Empfangen eines realen Vermögensstücks ist und den Legatar hierdurch auf das bestimmte Stück beschränkt. An sich ist also in der lex Furia bereits der Legatsbegriff zum Erbbegriff in Verhältniß gebracht und durch die Gegensätzlichkeit dieses Begriffsverhältnisses die Beschränkung des Legatars hervorgebracht. Die lex Furia ist nur das Product der Beziehung, die zwischen Erb- und Legatsbegriff stattfindet. In der lex Furia ist also das Verhältniß beider Begriffe zueinander, das Verhältniß des Legatars im Gegensatz zum Erbthum, bereits als die innere Grundlage des Gesetzes, obwol es vom Erben schweigt, schon vorhanden. Was so in der lex Furia schon an sich vorhanden ist, wird in der lex Voconia nur ausgesprochen, und deshalb kann es auch bei dieser innern Identität beider Gesetze schon in dem kurzen Zeitraum von 14 Jahren zu dieser Umänderung kommen.

Der Erbe gesteht also noch immer in thesi zu, daß er an sich selbst gar keinen Anspruch darauf habe, Vermögen vom Erblasser qua Erbe zu empfangen. Aber, sagt er, das ist nicht zu dulden, daß ein einzelner Legatar, dessen Begriff doch nur das einzelne Stück ist, für sich selbst genommen, einen größern Zusammenhang[1] in der Vermögenshinterlassenschaft des Todten darstelle, als ich, der ich der Fortsetzer seiner allgemeinen Willensherrschaft bin. Hierdurch vergreift er sich an meinem Begriff. — Der Erbe will also dem Erblasser nach wie vor freistellen, ihm nichts zukommen zu lassen, vorausgesetzt, daß er ein Mittel findet, den Legataren auch nichts zu geben. Diese Freistellung ist consequent. Denn der Erbe behauptet nicht, daß er absolut, er behauptet nur, daß er relativ, dem Legatar gegenüber, zu Vermögen berechtigt sei. Und man sehe ferner, mit welcher Consequenz es nur der Begriff des Erbthums ist, dessen Verhältniß zum Wesen des Legatars der Erbe hier ins Feld schickt. Daß er, als einzelner Erbe, etwas haben müsse, oder soviel haben müsse wie der Legatar, behauptet der Erbe selbst nicht;

---

[1] Man erinnere sich des oben (Nr. III) über die major pars in der ältern Sacraltheorie Gesagten, und der organische Zusammenhang der Anschauungen in beiden wird klar sein. Dort war es die absolute major pars des Vermögens, die den Legatar zu einem Analogon des Civilerben machen und daher die sacra auferlegen soll. Hier ist es die major pars, die der einzelne Legatar dem Erbthum gegenüber darstellt, wodurch er in das letztere unzulässig eingreifen soll.

nur alle Erben zusammengenommen (oder resp. der alleinige Erbe) müssen ebenso viel realen Vermögenszusammenhang hinter sich haben, wie jeder einzelne Legatar, damit nicht der Begriff des Erbthums vom Legatar überwunden zu sein scheine. Sind also viele Erben eingesetzt, so kann jeder einzelne Erbe viel weniger erhalten, als jeder einzelne Legatar. Der Erbe vergleicht nicht sich, den einzelnen Erben, mit dem einzelnen Legatar, sondern nur das gesammte Dasein des Erbthumsbegriffs, und sich also, insofern er ausschließend dies Dasein ist, vergleicht er mit dem Legatar.[1] Umgekehrt vergleicht er auch nicht den gesammten Erbthumsbegriff mit dem Begriff des Legatenthums überhaupt. Dies würde ihm nichts nützen, und hier würde er schlecht fortkommen! Denn da der Begriff des Erbinstituts die Willensfortsetzung, worin nichts vom Vermögen enthalten, der Begriff des Legateninstituts aber eben gerade die Vermögensvergabung (s. Nr. XIV) ist, so ist es bei einem Vergleich beider Institute gerade durch den Begriff derselben gegeben, daß das Erbthum dem Legatenthum im Vermögensgebiet keine Concurrenz machen kann; sondern den Begriff des Erbthums überhaupt vergleicht er mit dem Begriffe des einzelnen lebendigen Legatars (statt mit dem des Legats überhaupt), um darzuthun, daß dieser einzelne Legatar nicht das Dasein des Erbbegriffs überhaupt, das gesammte Erbthum, an Zusammenhang im Vermögen übertreffen könne. Das also wird durch die lex Voconia keineswegs geändert, sondern durch den Erben selbst anerkannt, daß in einem Testamente durch Legate überhaupt ein weit größerer Vermögenstheil vergabt sein kann, als nicht nur dem einzelnen Erben, sondern auch allen Erben zusammengenommen, also dem Erbthum selbst, verbleibt, wenn nur die Eintheilung so getroffen ist, daß kein einzelner Legatar für sich allein einen größern Zusammenhang im Vermögen darstellt, als alle Erben zusammen.

Für den Legatar ist dieser neue Schlag, den auf seinem Rücken der Erbe dem Erblasser gibt, an sich ein höchst wohlthuender. Er kann jetzt ganz unverhältnißmäßig mehr als nach der lex Furia bekommen. Als Maximum kann er sogar die volle Hälfte des ganzen Vermögens erhalten, nur das Mehr als die Hälfte ist ihm untersagt.[2]

---

[1] Es ist einfach ein factischer Irrthum von Gans, wenn er von der lex Voconia so spricht, als wehre sie, dem einzelnen Legatar mehr zu geben, als jedem einzelnen Erben, wenn mehrere sind. Die Berichte der Quellen widersprechen dem ganz positiv, und Gans, der hierin auch ganz isolirt steht, ist wol nur durch ein Uebersehen zu diesem Irrthum gekommen, den er, ohne auch nur eine Begründung zu versuchen, wie etwas Selbstverständliches voraussetzt.

[2] Man vergleiche wieder über die major pars in der ältern Sacraltheorie oben sub Nr. III.

Aber nicht minder scheint dieser Schlag im Interesse des Erben ein entscheidender zu sein. Der Erblasser trifft und negirt den Erben in seinem persönlichen Interesse vermittelst des Legatars, dem er das Vermögen vergabt. Jetzt hat der Erbe aber gerade das Mittel ausfindig gemacht, sich vielmehr durch den Legatar gegen den Erblasser zu decken! Je mehr ein Legatar bekommen soll, desto mehr muß der Erbe auch bekommen. Der Erblasser schlägt auf den Erben los mit den Hammerschlägen der einzelnen Vermögensstöße, die zu Gunsten des Legatars Stücke vom Nachlaß, diesem secundären Appendix der Willensherrschaft, lostrennen und ihn dadurch absorbiren. Der Erbe aber springt hinter den Rücken des Legatars und deckt sich durch dessen Brust gegen jene Schläge. Will der Erblasser ihn treffen, so ist er durch diesen dialektischen Sprung in die sich selbst widersprechende Nothwendigkeit versetzt, zuvor den Legatar zu treffen, zu dessen Gunsten gerade der Schlag ausfallen sollte.

Und jedenfalls scheint jetzt als nothwendiges praktisches Resultat die Folge erreicht, daß der Erbe doch immer irgendetwas vom Vermögen haben müsse. Als blos praktisches Resultat und Folge, sagen wir, noch nicht als begriffliche Forderung. Denn die principielle These, daß er irgendetwas vom Vermögen bekommen müsse, hat — wie durchaus festgehalten werden muß, und wovon wir sofort die theoretisch und praktisch gleichwichtigen Folgen sehen werden — der Erbe ja noch nicht aufzustellen gewagt; sondern nur relativ, dem Legatar gegenüber, behauptet er, daß dieser nicht mehr haben könne als alle Erben zusammen. Da aber der Erblasser doch kein anderes Mittel hat, dem Erben das Vermögen zu entziehen, als diese Verfügungen von Todes wegen, so scheint jetzt mindestens als praktisches Resultat ganz unvermeidlich geworden zu sein, daß der Erbe jedenfalls etwas vom Vermögen erhält. „Ex qua lege", sagt Gajus (II, 126), „plane quidem aliquid utique heredes habere videbantur." „Aus welchem Gesetze die Erben überall doch mindestens irgendetwas vom Vermögen haben zu müssen schienen." Und diese bloße, für das heutige Bewußtsein gewiß sehr befremdliche Ausdrucksform hätte schon lange zu der Untersuchung anregen sollen, warum es denn für den römischen Geist eines gar so großen Zwanges bedurfte, dem Erben etwas vom Vermögen zukommen zu lassen!

Aber noch hat, wie bemerkt, der Erbe nicht die principielle These aufzustellen gewagt, daß er absolut und für sich genommen Vermögen bekommen müsse. Noch ist er daher auch nicht wahrhaft durchgedrungen.

Denn Ein Mittel hat der Erblasser noch in diesem erbitterten Kampfe zwischen ihm und dem Erben! Nach der lex Furia mußte er das Vermögen zerstückeln, um den Erben zu enterben. Jetzt muß er es zer-

stieben! Wenn der Erblasser das Vermögen zerstiebt, pulverisirt und seine Atome in alle Lüfte sprengt, wenn er, um den hinter dem Legatar versteckten Erben zu treffen, auf Erben und Legatar ohne Unterschied losschlägt, wenn, wie es im alten Liede heißt, „Keiner nichts kriegt", dann hat es der Erblasser glücklich wieder auf das Seinige gebracht! Wenn der Erblasser sich hierzu zu entschließen vermag, dann kann er wieder den Triumph genießen, den Erben nackt und bloß zu stellen. Und freilich tritt noch ein Umstand hinzu, welcher dem Erblasser diesen verzweifelten Entschluß praktisch sehr erleichtern kann. Der Erbe hat sich noch nicht zu der Behauptung zu erheben gewagt, daß er absolut, für sich selbst genommen, haben müsse. Nur relativ, dem Legatar gegenüber, muß er haben. Aber nur relativ, nur einem Andern gegenüber, haben müssen, heißt nur formell haben müssen. Blos für sich selbst genommen haben müssen, nur dies heißt materiell haben müssen.

Es reicht also nach der dialektischen Consequenz des speculativen Begriffs vollkommen hin, wenn der Erbe, resp. wenn alle Erben zusammengenommen blos formell, blos dem Legatar gegenüber, soviel wie dieser haben, wenn sie auch materiell nicht das Geringste haben! Diese Consequenz des speculativen Begriffs gelangt gleichfalls zu ihrem strengsten realen Ausdruck in der lex Voconia. Denn nach dieser wird nur dies vorgeschrieben, daß kein Legatar ein größeres Haben aus der Hinterlassenschaft nimmt, als alle Erben ihrerseits nehmen. Nur auf diese formelle, vergleichungsweise Gleichheit des Nehmens wird geachtet, und nur hierauf kann geachtet werden, da die lex Voconia eben überhaupt nur eine Vergleichung von Erben und Legatar, und nicht einen Anspruch des Erben auf ein absolutes Haben darstellt. Es wird daher bei der lex Voconia ganz davon abstrahirt, daß der Legatar, was er nimmt, rein nimmt, während dem Erben infolge seines Begriffs alle Lasten und Schulden der Erbschaft zufallen. Wenn also auch der oder die Erben formell ebenso viel nehmen, als der größte Legatar, so können die Erben dennoch durch die Erbschaftsschulden so gestellt sein, daß sie materiell und für sich genommen viel weniger, ein Minimum, nichts oder noch weniger als nichts, ein Schuldendeficit haben.

Sind also die Schulden der Erbschaft bedeutend, so ist es dadurch dem Erblasser praktisch erheblich erleichtert, einem der Legatare eine erhebliche Summe zuzuwenden und die Erben dennoch materiell trocken zu legen.

Und wirklich entschließt sich — der Bericht des Gajus ist da, es zu beweisen — der Erblasser sogar zu diesem äußersten Mittel, um den Erben vermögenslos zu stellen. „Sed tamen *fere vitium simile* nasce-

batur, nam *in multas legatariorum personas distributo patrimonio* poterat adeo heredi minimum relinquere testator, ut non expediret heredi hujus lucri gratia totius hereditatis onera sustinere." (Gajus, a. a. O.) — „Aber dennoch entstand beinahe der gleiche Uebelstand (wie bei der lex Furia) auch hier (bei der lex Voconia), denn indem er sein Vermögen auf viele Legatare zerstreute, konnte der Testator dem Erben ein solches Minimum hinterlassen, daß es für den Erben kein Nutzen mehr war, wegen dieses Gewinnes die Lasten der gesammten Erbschaft auf sich zu nehmen."

Wenn Gajus sagt, daß der gleiche Uebelstand wie bei und vor der lex Furia wieder entstand, so sagt er hierdurch natürlich, daß er praktisch entstand, d. h. daß der Erblasser auch *realiter* von dieser Möglichkeit Gebrauch machte und der Erbe deshalb auch *realiter* wieder ausschlug. Denn sonst entstand der Uebelstand ja eben gar nicht. Die blos formelle, nicht praktisch fühlbar werdende Möglichkeit bildete keinen solchen und konnte nicht zum Anlaß werden, daß deshalb (lata est *itaque* lex Falcidia, fährt Gajus, a. a. O., nach den letzten Worten fort) ein neues Gesetz erlassen werden mußte.

Es ist also constatirt, daß — so unbezwingbar beherrscht die Anschauung von dem Erben, als dem reinen idealistischen Willensfortpflanzer, den römischen Geist — der Erblasser sogar vor diesem äußersten Mittel nicht zurückschreckt.

Das Moment der Reibung dauert also immer fort. Der Erblasser sucht die eigene Willenssubjectivität des Erben zu negiren, um es zur klaren Evidenz zu bringen, daß es nur die seinige ist, die in ihm fortlebt; der Erbe wieder seinerseits negirt die Willenssubjectivität des Erblassers, indem er deren Fortexistenz zu sein ausschlägt und die seinige behauptet. Die beiden Willenssubjectivitäten, welche die Fiction des Erbthums als identische setzen soll, zeigen sich vielmehr durch die reale Geschichte des Instituts als das, was sie nach ihrer Naturwahrheit sind, als andere gegeneinander, ja als einander negirende. Und dies ist nothwendig. Denn es ist ein Kampf der Fiction des Instituts mit seiner ihr widersprechenden realen physischen Grundlage und ihrer Naturwahrheit. Erbe und Erblasser, das Erbthum mag noch so sehr ihre fictive Identität proclamiren, sind doch nun einmal andere Willenssubjectivitäten, und indem sie sich so zeigen müssen, wie sie wirklich sind, müssen sie sich als andere gegeneinander setzen, d. h. sich negiren.

Ebendeshalb aber, weil dieser Widerspruch gar kein anderer als der Widerspruch des Begriffs mit seiner eigenen Realität ist, ist dieser Conflict gar nicht beizulegen. Alle Auskunftsmittel, ihn zu beseitigen, ohne der Beziehung der erblasserischen Willenssubjectivität auf

sich selbst, auf ihren alter Ego, den Erben, Gewalt anzuthun, sind erschöpft, und immer ist der in der natürlichen Realität begründete Conflict wieder durchgebrochen.

Ob jenem Uebelstand der repudiirten Testamentserbschaften daher abgeholfen werde oder nicht — in beiden Fällen muß dieses Erbthum gleichmäßig unrettbar verloren sein, und es war dies an sich schon von jenem Tage des Verderbens an, wo die in der stummen Einmüthigkeit der Sitte sich äußernde Herrschaft des substantiellen Volksgeistes über die Individuen aufgelockert genug war, um dem Erben zu erlauben, seinen materiellen Egoismus dem metaphysisch-verklärten Egoismus des Erblassers als einen gleichberechtigten gegenüber zu setzen und deshalb die Erbschaft auszuschlagen.

Wir sagen, das Erbthum ist in beiden Fällen gleichmäßig verloren; denn wird dem Conflict abgeholfen, so wird in die Willensbeziehung des Erblassers auf sein alter Ego, den Erben, negirend eingegriffen; es wird dem Erben gestattet, die Willenssubjectivität, deren Erhalter und einfaches Dasein er sein soll, vielmehr zu beugen und zu negiren.

Wird dem Uebelstand aber nicht abgeholfen, so wird es dahin kommen, daß die Testamentarerbschaft nur noch im Rechtscodex steht, in der Wirklichkeit des Volkslebens aber verschwindet.

So vergehen von neuem 130 Jahre in diesem furchtbaren Ringen des Volksgeistes mit seiner eigenen Substanz, bis denn endlich mit der lex Falcidia die Anschauung ihren Triumph feiert: der Erbe ist nothwendiger Vermögensnehmer, der Erbe muß haben!

Aber — und man sehe, wie bezeichnend die chronologischen Daten sind — nicht eher tritt diese entscheidende Concession in der Substanz des Volksgeistes, dieser principielle Verderb des altrömischen Erbbegriffs ein, als mit jenem entscheidenden Untergang der ursprünglichen Substanz des römischen Volksgeistes überhaupt, mit dem Untergang der Republik! Die lex Falcidia wird unter der Herrschaft des Augustus erlassen.[1] —

---

[1] Und erst durch die justinianeische Gesetzgebung wird die lex Falcidia insofern wieder aufgehoben, als Justinian dem Testator gestattet, durch ausdrückliche Willenserklärung im Testament dem Erben den Abzug der lex Falcidia auch zu verbieten; s. Novelle 1, Kap. 2, §. 2. Wie ist dies möglich? Wird jetzt plötzlich mit dieser letzten Gestalt des Römischen Rechts zu seinem ursprünglichen civilistischen Geiste zurückgekehrt? Natürlich durchaus nicht! Im Gegentheil! Erst im justinianeischen Recht kann und muß sich der Erblasser wieder über die lex Falcidia erheben können, weil jetzt gerade — spätere Entwickelungen bei den einzelnen Erbrechtsinstituten über die Bedeutung des justinianeischen Rechts werden dies klarer machen — der letzte und höchste Untergang des zum bloßen Schatten gewordenen civilistischen Erbbegriffs eingetreten ist, der im Römischen Recht über-

Da jetzt der Erbe die directe Anforderung aufgestellt hat, daß er qua Erbe haben, für sich selbst oder absolut haben müsse, so sind jetzt

---

haupt möglich war. Denn mit der justinianeischen Gesetzgebung ist der begriffliche Gegensatz selbst zwischen dem Erben und Legatar, dem Willensperpetuirer und dem Vermögensnehmer, abgestumpft und zusammengegangen, und der Willensfortsetzer ist jetzt auch seinem Wesen nach zum Vermögensnehmer geworden. Wenn Erbe und Legatar jetzt beide in ihrem Wesen dasselbe sind, so kann natürlich auch keiner von beiden einen nothwendigen Unterschied gegen den Willen des Testators behaupten, und der Testator wirft daher auf diesem Standpunkt den Zwang der lex Falcidia wieder ab, der nur in dem begrifflichen Unterschied von Erben und Legatar wurzelt. Es zeigt sich hier also durch diese justinianeische Aufhebung der lex Falcidia ganz positiv und entscheidend, wie unrecht Gans hat (vgl. oben S. 63, Note 2), zu meinen, unter dem Zwölftafelrecht habe Erbe und Legatar gleiche Bedeutung. Damals ist vielmehr der Gegensatz der höchste, und was Gans für den Ausgangspunkt des Processes nimmt, ist vielmehr der letzte Endpunkt desselben! — Von der lex Falcidia kann man natürlich noch keineswegs sagen, daß sie den Begriffsunterschied zwischen Erben und Legatar, Willensfortsetzer und Vermögensnehmer, aufhebe. Im Gegentheil, sie wurzelt in demselben und ist noch seine entscheidende Betonung. Denn wenn der Erbe nur dasselbe wäre, wie der Legatar, wie käme er dazu, gegen den Willen des Testators ein bestimmtes Quantum haben zu müssen? Er würde dann eine solche Forderung so wenig aufstellen können, wie der Legatar sie aufstellen kann. Durch die lex Falcidia sagt also der Erbe bestimmt: weil ich nicht bloßer Vermögensnehmer (Legatar), sondern vielmehr Willensperpetuirer bin, muß ich, um dieses meines specifischen und unterschiedenen Wesens willen, ein durch mein eigenes Recht bestimmtes Quantum haben. Aber freilich ist nun damit die Dialektik eingetreten, daß, indem der Erbe dadurch nothwendig Vermögen nimmt, der erste Schritt auf der Bahn geschehen ist, ihn zum bloßen Vermögensnehmer, zu demselben, was der Legatar ist, bis auf den nie verschwindenden Schatten seines frühern civilistischen Wesens werden zu lassen, weshalb wir die lex Falcidia den ersten radicalen Selbstverlust des römischen Erbbegriffs nannten. Die Mittelstadien dieses großen Processes, und damit der Schatten des frühern Wesens, der bei Justinian noch übrig bleibt, werden später klarer werden. Wenn Justinian in der angef. Novelle bei Aufhebung des Zwanges der lex Falcidia sagt: „Quodsi (testator) expresse declaraverit, se nolle heredem retinere Falcidiam, necesse est, ut testatoris voluntas obtineat, et si defuncto juste, forte et pie *quaedam relinquenti obtempera velit, lucrum* non *in accipiendo*, sed solum *in pie accipiendo ponat*, nec *talem* hereditatem *minus lucrosam* esse existimet; sin *nolit*, ipse quidem *recedat ab hujusmodi institutione*, locus autem, prout ante dicimus, fiat substitutis et coheredibus, legataris, fideicommissariis, servis, heredibus ab intestato et reliquis (für Justinian sind alle diese ein und dasselbe) secundum modum, quem antea in his rebus invenimus" — klingen da die hervorgehobenen Worte, klingt diese Aufforderung an den Erben, nur im Gehorsam gegen den Willen des Testators den Vortheil der Erbschaft zu sehen, nicht „im Nehmen", und die für ihn leere Erbschaft nicht für „weniger vortheilhaft" zu halten, nicht ganz civilistisch? Klingen sie nicht gerade ganz im Geist des von uns entwickelten ältesten

keine Schwierigkeiten mehr vorhanden und es kann auch kein formelles, durch die Schulden wieder aufgezehrtes Haben mehr hinreichen. Das Viertel der Erbschaft, welches die lex Falcidia dem Erben als seine nothwendige Vermögensbeute, die er sich von der Erbschaft abziehen kann, zubilligt, wird daher consequent als reines Viertel aufgefaßt, d. h. als Viertel des Erbschaftsvermögens nach Abzug aller Schulden.[1] Und wenn mehrere Erben eingesetzt sind, so muß jeder, insoweit er zum Erben eingesetzt ist, d. h. also das Viertel der Erbschaftsquote, auf die er eingesetzt ist, bekommen.[2]

Wir sagen, es können keine Schwierigkeiten mehr entstehen. Fernere Verwickelungen können freilich noch genug entstehen, allein diese sind alle durch den speculativen Gedanken, welcher der lex Falcidia zu Grunde liegt, im voraus geschlichtet. Dieser speculative Gedanke wäre aber auch noch abstract und unrichtig mit den Worten angegeben: der Erbe muß ein Viertel haben, resp. ein Viertel seiner Erbschaftsquote haben. Der concrete speculative Gedanke der lex Falcidia ist vielmehr, wie

---

Erbthums gesprochen? Und in der That klingt dieser alte Erbbegriff der Willenserhaltung durch sie hindurch. Aber für Justinian ist das Testament zur bloßen Vermögensverfügung, der Wille des Testators aus einer selbständig zu erhaltenden spiritualistischen Willenssubjectivität zu einem bloßen Willen über sein Vermögen geworden; was aufrecht erhalten werden soll, ist die vermögensrechtliche Willensbestimmung des Todten, und da an diesem Vermögenswillen freilich alle, Erben, Legatare, Fideicommissare u. s. w., theilhaben, so ist einer, was der andere ist, und der Legatar verdrängt den Erben, wenn er besser als dieser den vermögensrechtlichen Willen des Todten ausführen will. — Gleichwol ist eben darum das justinianeische Recht nur zu verstehen durch den Schatten des altciviliſtischen Erbbegriffs, der auch in ihm noch überall bestehen bleibt und die Unterschiede des Erbrechts zugleich gliedert — und zu schattenhaft verschwindenden macht. Wird dies erst später im einzelnen ganz klar gelegt werden, so tritt dies doch auch hier schon in hinreichend deutlichen Umrissen hervor. Alles bleibt und alles ist doch wieder aufgehoben. Die lex Falcidia bleibt und bleibt gegen das Testament des Testators, aber der Testator kann sie auch ausschließen. Der Unterschied des Erben und des Legatars bleibt. Aber der Legatar kann auch den Platz des Erben ausfüllen. Die Schulden bleiben dem Erben. Aber er kann sie auch ausschließen, wenn er sub beneficio inventarii antritt u. s. w. Alle alten Begriffsunterschiede sind erhalten, aber aus ihrer ausschließenden und darum körperlichen Gestalt sind sie zu widerstandslos sich durcheinander hindurch bewegenden und daher schattenhaften Phantomen herabgesetzt — und aus diesem Schattenballet, dessen Zauberwort nur in seiner Vergangenheit liegt, will man jetzt Römisches Recht lernen!

[1] Siehe z. B. Ulpian, Fr. XXIV, 32: „Lex Falcidia jubet, non plus quam dodrontem totius patrimonii legari, ut *omni modo* quadrans *integer* apud heredem remaneat"; vgl. Gajus, II, 227, und die Falcidia selbst bei Paulus, L. 1 pr. ad leg. Falc. (35, 2).

[2] Inst., §. 1 ad leg. Falc., II, 22. — Gajus, L. 77 ad leg. Falc. (35, 2).

unsere ganze Entwickelung derselben gezeigt hat, genau der: daß dem Erben das Recht zustehen soll, von allem, worauf er *durch* den *Willen* des Testators zum Erben eingesetzt ist, *gegen* den Willen des Testators das reine Viertel zu behalten. Es ist ein Haben *durch* und *gegen* den *Willen* des Testators *zugleich*, nicht ein bloßes Haben aus der Erbschaft überhaupt, und die civilistische Auslegung weiß diesen speculativen Unterschied, dessen theoretische und praktische Wichtigkeit sich sofort näher zeigen wird, scharf festzuhalten. Wie nämlich, wenn ein Erbe auf verschiedene Erbportionen eingesetzt ist, auf die eine pure, auf die andere aber sub conditione oder als heres substitutus, und nur die eine von beiden Quoten durch Legate erschöpft oder überbürdet ist? Wird die Berechnung der Falcidia in der Weise geschehen, daß beide Erbportionen zusammenaddirt werden und von der Summe die Quart abgezogen wird? Oder wird der Abzug von jeder Portion insbesondere, ohne Rücksicht auf die andere, geschehen? Der praktische Unterschied kann ein sehr großer sein. Man setze den Fall: Eine Erbschaft betrage 120000 Thlr. Titius ist auf ein Viertel, also auf 30000 Thlr. pure instituirt, dann noch auf die Hälfte = 60000 Thlr., sub conditione oder als heres substitutus, wird aber auch für diese Portion durch Eintreten der Bedingung u. s. w. Erbe. Die drei Viertel der gesammten Hinterlassenschaft, die der Testator überhaupt legiren konnte, betragen 90000 Thlr., also gerade soviel wie Titius überhaupt empfängt. Jedenfalls könnte er sich, wenn die 90000 Thlr. von ihm allein legirt worden sind, die Falcidische Quart abziehen, also von den 90000 Thlrn., die seine Erbportionen betragen, 22500 Thlr. für sich behalten und nur 67500 Thlr. den Legataren auszahlen. Man setze, der Testator habe diese 90000 Thlr., oder auch nur die erlaubten 67500 Thlr., von den Erbportionen des Titius legirt. Aber in folgender Weise. Er hat 53500 Thlr. von jener ihm durch Condition oder Substitution vererbten Hälfte, 14000 Thlr. von dem unbedingten Viertel legirt. Muß Titius seine Erbportionen zusammenrechnen und dann den Betrag der Falcidischen Quart sich abziehen, so behält er nur die schon angegebenen 22500 Thlr. Kann er im Gegentheil von jeder Erbportion insbesondere die Quart verlangen, so kommt er zu einem ganz andern Resultat. Er zieht sich von der bedingten Hälfte = 60000 Thlr. sein Viertel mit 15000 Thlr. ab und gibt den mit 53500 Thlr. bedachten Legataren nur 45000 Thlr.

Von dem Viertel (30000 Thlr.) zahlt er die von diesem ausgeworfenen Legate von 14000 Thlrn. aus, die ihm hier zu keinem Abzug Anlaß geben, behält hiervon 16000 Thlr. und im ganzen also 31000 Thlr. Welches wird der richtige Modus sein? Aber es kann nicht zweifelhaft sein, daß es hier nur der erste Modus ist. Denn für beide Quoten ist Titius, ob unbedingter, bedingter oder substituirter Erbe, immerhin *durch*

den Willen des Testators Erbe, und die Falcidia spricht dem Erben nur das Recht zu: von allem, worauf einer durch den Willen des Testators als Erbe eingesetzt ist, gegen dessen Willen den realen Viertelsbetrag für sich zu behalten. Und die Rechtsquellen entscheiden daher, daß die Portionen zusammenzurechnen seien.[1] Jetzt setze man aber den Fall: Es ist zwar im übrigen ganz so testirt worden, nur daß Titius blos für das Viertel, für die Hälfte aber Sejus eingesetzt worden sei, Titius aber auch diese Hälfte dadurch erworben habe, daß er den Sejus arrogirt habe (oder zum Erben des Sejus geworden sei). Erbe ist jetzt Titius für beide Portionen so gut wie vorhin. Käme es für die Falcidia nur auf das Haben eines reinen Viertels der zustehenden Erbschaftsquote an, so würde Titius jetzt gleichfalls nur die 22500 Thlr. behalten können. Aber für jene Hälfte ist er nicht durch den Willen des Testators Erbe, sondern durch die Vermittelung der von diesem unabhängigen Arrogation. Er braucht sich also die Zusammenrechnung der Portionen nicht gefallen zu lassen, weil er nicht unmittelbar durch den Willen des Testators für beide berufen ist. Hier tritt ganz schroff und scharf heraus, daß durch die Falcidia der Erblasser vom Erben negirt werden soll. Im erstern Fall ist der Erbe vom Erblasser doch immer nur einmal zum Erbthum berufen, wenn auch für zwei Portionen.[2] Im zweiten Fall aber ist Titius zweimal Erbe, vereinigt zwei Qualitäten in sich, durch deren jede er Erbe ist: durch die ihm von Testator selbst übertragene Willensfortsetzung und durch die dem Sejus übertragene, dessen Arrogator oder Erbe, also dessen Willensträger er in beiden Fällen ist. Und weil er hier zweimal Erbe ist, so soll er, da ja die speculative Bedeutung der Falcidia die ist, daß der Erbe durch sie den Erblasser negiren können soll, hier zweimal, resp. so oft er Erbe ist, für jede Portion besonders, den Erblasser negiren können. So entscheiden denn die civilistischen Ausleger ganz richtig, daß hier die Portionen separirt zu berechnen seien.[3]

Für den Legatar ist der entscheidende Schlag, den der Erbe durch

---

[1] Julian, L. 87, §. 3 ad leg. Falc. (35, 2). (Es ist der obige reale Fall, welcher bei den Worten Julian's unterstellt wird.) Paulus, L. 1, §. 13. Papinian, L. 11, §. 5; L. 14, §. 2 eod. tit.

[2] Nur zwei Quantitäten sind ihm gegeben, das ideelle Verhältniß ist nur Eines; siehe hierüber und über die Bedeutung der Erbschaftsquoten und der Pluralität der Erben überhaupt sub Nr. XXXII.

[3] Paulus, L. 1, §. 15 eod. tit.: „Si coheredem meum post aditam hereditatem arrogavero, non dubitabitur, quin *separandae* sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres extitissem"; vgl. Gajus, L. 78 u. 80; Papinian, L. 11, §. 7 eod. tit.

die lex Falcidia dem Erblasser versetzt, die Erlösung von der Pein, den dröhnenden Resonanzboden zu bilden, auf dem Erbe und Erblasser ihre Trampolinsprünge gegeneinander aufführen. Er kann nun wieder zu seinem Selbstgenusse kommen, und so wenig ist die Bewegung gegen ihn gerichtet, und so wenig bestreitet der Erbe ihm, daß er als Vermögensnehmer seinem Wesen nach eine ganz andere und viel größere Beziehung auf das Vermögen habe, als seine (des Erben) eigene erzwungene Beziehung, daß jetzt ein einziger Legatar wieder dreimal soviel als alle Erben zusammen erhalten kann.

Für uns oder an sich bedeutet nun die lex Falcidia, wie das Frühere bereits ergeben hat, nichts anderes, als daß die Unwahrheit der Fiction, welche dem ganzen Erbthum von vornherein zu Grunde liegt, nun auch zum Vorschein gekommen und gesetzt ist. Die Fiction, welche die Basis des ganzen Erbthums bildet, ist ja die, daß der Erbe nur die Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjectivität sein soll. Statt dessen ist jetzt die natürliche Wahrheit der Sache zum Vorschein gekommen und gesetzt. Es ist gesetzt, daß jene Fiction eine Fiction ist. Es ist gesetzt, daß beide Willen vielmehr andere gegeneinander sind, daß der Wille des Erben den Willen des Erblassers beugen und zwingen kann, daß die Willenssubjectivität des Erblassers, statt im Erben nur ihren Erhalter zu haben, in ihm vielmehr nur in einen andern, ihn negirenden Willen einer lebendigen Person untergegangen ist. Und darum konnten wir die lex Falcidia als den ersten entscheidenden Untergang des gesammten römischen Erbthums bezeichnen.

Allein dies ist noch immer erst an sich oder für uns gesetzt. Es ist noch nicht für den Römer gesetzt, und der erste Untergang ist noch weit entfernt vom letzten Untergange.

Zunächst muß hier wenigstens darauf hingedeutet werden, wie der römische Volksgeist im Tempel des Erbrechts noch Eine Kapelle zu finden weiß, in welcher er sein Allerheiligstes auch gegen diesen ersten Untergang noch schützt. Es ist bereits im Vorstehenden einmal des fideicommissarischen Erbthums Erwähnung gethan worden (S. 68), und schon muß hier die tiefe Bedeutung eines noch immer gänzlich unbeachtet gelassenen chronologischen Zusammenhangs in Lapidarschrift hervortreten. Die lex Falcidia wird unter Augustus erlassen — und gerade unter Augustus auch wird die Herausgabe fideicommissarischer Erbschaften für erzwingbar erklärt.

Was hierin gegeben ist, ist kurz Folgendes. Das Fideicommiß ist die Sphäre der Freiwilligkeit und darum der Abwesenheit von dem Zwange des Civilrechts. Vor Augustus kann der Fiduciarerbe nicht gezwungen werden, die fideicommissarische Erbschaft herauszugeben. Welches ist denn nun aber das Wesen dieser Freiwilligkeit? Es ist, wie es schon

der Name des Instituts sagt, die Treue; nicht die Treue gegen das einzelne Individuum, welche nur die sinnliche Folge ist, sondern die Religion dieser Treue, die Treue des Individuums gegen die sittliche Substanz des Volksgeistes und seine Ueberlieferungen. Die erste Folge hiervon ist: Wer überhaupt Erbe ist auf der Basis dieser freiwilligen Treue gegen den Volksgeist und der Heiligkeit seiner Ueberlieferungen — der darf und kann auch von dem neuen Zwange, der dem Erben gegen den Erblasser eingeräumt ist, keinen Gebrauch machen; er muß stehen bleiben bei dem alten, starren Erbthumsbegriff des Volksgeistes, dem idealistischen, vermögenslosen Willenserhalter. Mit andern Worten: Der Fiduciarerbe allein, und obgleich er so gut Civilerbe ist wie jeder andere, hat keinen Anspruch auf den Abzug der *Falcidia*. Zweite Folge: Der Fiduciarerbe aber braucht ja gar nichts abzugeben; er kann ja, wenn er will, die ganze Erbschaft für sich behalten. Wenn also noch irgendein Asyl sein soll für die Substanz des untergehenden Volksgeistes, so muß es allerdings diese Sphäre der geheiligten Treue gegen die Tradition des Volksgeistes, aber ebendeshalb dieselbe nun auch unverletzbar und der Erblasser, der sich in dieses Asyl flüchtet, vom Erben nicht mehr zu negiren sein. Und so wird denn die Herausgabe der fideicommissarischen Erbschaft für erzwingbar erklärt! — Die durch die Dialektik des speculativen Begriffs hervorgetriebenen Widersprüche gipfeln hier! Die fideicommissarische Sphäre soll Asyl für den Erblasser gegen den Civilzwang der Falcidia sein, um ihrer Freiwilligkeit halber; aber um dieser Freiwilligkeit halber hört sie auf, überhaupt freiwillig zu sein, und wird in den Civilzwang hineingerissen! Der Fiduciarerbe soll das Vermögen abgeben müssen so gut wie jeder andere testamentarische Civilerbe; aber um abgeben zu müssen so gut wie jeder andere, muß er umgekehrt viel mehr abgeben als jeder andere! Der Erbe hat mit der lex Falcidia den Legatar losgelassen, ist über ihn hinweg dem Erblasser direct an die Kehle gesprungen und glaubt ihm das Knie auf die Brust gesetzt zu haben. Aber in diesem vielverschlungenen dialektischen Pas de deux, welches sich bisher nur um den Legatar herumbewegte, ist, diesen jetzt auch seinerseits wegstoßend, der Erblasser nun vielmehr mit einer einzigen wirbelnden Pirouette über den Kopf des Erben hinweg hoch oben auf das ihm aus dem Himmel seines Begriffs ausgeworfene Rettungsseil fideicommissarischer Freiheit gesprungen, und hier, hoch über dem Erben, hoch erhaben nicht nur über die lex Falcidia, sondern jetzt auch über den frühern Zwang der Voconia und Furia und über allen Zwang überhaupt, schickt er dem erstaunten Erben, der ihn schon gefaßt zu haben glaubte, ein schallendes Gelächter hinunter. Konnte er bisher den Erben nur durch die einzelnen Legate züchtigen und ihm die eigene Persönlich-

keit abarbeiten, so kann er ihm jetzt sogar direct befehlen, das gesammte Erbschaftsvermögen als solches abzugeben, und zwar mit gültigem Civilzwang.

Der Römer kehrt sich nicht an den Verstandeswiderspruch, daß der Fiduciarerbe um seiner Treue willen schlechter fortkommen soll, als der durch den rigor juris civilis verpflichtete Erbe. Er kehrt sich auch nicht daran, daß er ihn um seiner Treue willen als einen untreuen behandelt und in Fesseln schlägt. Er sieht zunächst nur darauf, einen letzten Rettungswinkel für die bedrohte Substanz seines Geistes ausfindig gemacht zu haben, einen Rettungswinkel, in welchem sich der Erblasser, freilich nicht für immer, dem nachsetzenden Erben wird entziehen können.[1]

Noch ist also trotz der lex Falcidia auch jener erste Untergang des römischen Erbthums nicht gänzlich vollbracht. Noch einmal lodert vielmehr die energische Flamme dieses Begriffs hoch auf vor dem Erlöschen, in höherer Glut als sie seit hundertundfunfzig Jahren gestrahlt hat, in der Sphäre der dadurch mit Zwang bekleideten fideicomissarischen Freiheit, auf den Erblasser dieselbe Intensität der realen Enterbungsbefugniß ausströmend, die ihm unter dem Zwölftafelrecht zustand, ja eine noch größere jetzt, indem er den Erben jetzt auch formell enterben kann.

Auch jener erste Untergang ist also erst gänzlich vollbracht, als unter Vespasian durch das SC. Pegasianum die falcidische Quart auch auf fideicommissarische Erbschaften für anwendbar erklärt wird, und nun kein Gebiet mehr existirt, auf welchem sich der Erblasser dem Zwange des Erben entwinden kann.

Allein auch abgesehen von dem Fideicommiß, und auch wenn dieses der lex Falcidia schon unterworfen sein wird, bleibt es dabei: Noch ist die, wie wir zeigten, in der lex Falcidia gesetzte Unwahrheit der Fiction des Erbbegriffs nur für uns oder an sich, nicht für den Römer gesetzt.

Solange römischer Geist existirt, wird er an der Wahrheit dieser Fiction von der Willensfortexistenz des Erblassers, von der Willensidentität seiner und des Erben, festzuhalten streben. Je mehr er sie auch durch sein eigenes geschichtliches Thun realiter als unwahr setzt, er wird sie dennoch immer durch eine neue dialektische Wendung, obschon in immer verblaßterer Gestalt, noch zu retten suchen. Diese Fiction zu setzen und zu zerstören, zu zerstören und doch wieder aufzubewahren, dies ist sein Schicksal, an dem er sich marternd abringt. Er muß es zu vollbringen suchen, sie im Aufgeben ihrer noch zu bewahren. Denn

[1] Genaueres über die Bedeutung und historische Entwickelung des Fideicommisses siehe sub Nr. IX.

wenn diese Fiction durch immer entscheidendere Schläge gänzlich aufgehoben ist, so ist auch die Stunde dieses Geistes abgelaufen, und Rom und Römisches Recht ist gewesen! Er wird sie daher selbst nach dem letzten Schlage, der ihr jedes Leben raubt, mindestens noch als blutlosen Schatten aufbewahren, der sehnsüchtige Blicke in seine gewesene Wirklichkeit schickt und noch als dieser Schattenriß das Ganze des Erbrechts, seine Gliederung und Eintheilung, seine Institute und Unterschiede beherrscht, die sich nur aus der Erinnerung des oberweltlichen Lebens verstehen lassen, welchem dieser unterweltliche Schatten einst angehörte.

Inzwischen, mit der Falcidia ist das römische Erbrecht von jenem letzten Ende noch weit entfernt. Noch ist im Erben der Begriff des Willensperpetuirers lebendig, und noch wurzelt die lex Falcidia in der starken Betonung dieses Begriffs und seines Unterschiedes vom bloßen Vermögensnehmer (Legatar). Denn[1] wenn der Erbe auch jetzt auch Vermögensnehmer ist, so soll er dies doch nothwendig und für ein bestimmtes Quantum aus eigenem Rechte sein, was dem bloßen Vermögensnehmer (Legatar) keineswegs zusteht und zustehen kann, soll also dieses Recht gerade *qua* Willensfortsetzer und Nichtvermögensnehmer haben, soll es um seines begrifflichen Unterschiedes willen vom Legatar haben.

In diesem ihm auf Grund seines Charakters als Willenscontinuator eingeräumten Zwangsrecht ist also der specifische Begriff des Erben ebenso einstweilen noch erhalten, wie schon untergegangen.

VIII. Das formelle Gesetztsein der Momente der Idee. Das testamentum per aes et libram. Seine Selbstentwickelung zum prätorischen Testament.

Wir sagten bereits oben (S. 59), daß die reale Anwendung jener Spaltung zwischen Erben und Vermögen es allein sei, die uns in die wahrhafte Substanz des römischen Geistes blicken lasse. Ja, die reale Anwendung dieser Spaltung ist dem römischen Geiste so nothwendig, daß, wie das Materielle des Erbrechts, so auch das Formale der Testamentshandlung nur in ihr seine Selbsterklärung zu finden vermag; eine Erklärung, die allem Bisherigen wiederum die eclatanteste Bestätigung verleihen wird.

---

[1] Vgl. oben S. 78, Note 1.

Es ist das dritte der römischen Testamente, das auf das Testament calatis comitiis und in procinctu folgende testamentum per aes et libram, das wir im Auge haben. Es ist dasjenige Testament, welches sich weitaus am längsten bei den Römern erhalten hat, und auch bereits häufig als das am specifischsten römische bezeichnet worden ist. Seine Form bestand bekanntlich darin[1], daß der Testator unter Zuziehung von fünf Zeugen[2] und einem libripens dem familiae emptor die familia, d. h. das patrimonium, durch einen Scheinverkauf, wie die Römer sagen, mancipirte und hierauf die nuncupatio testamenti, d. h. die Willenserklärung, folgen ließ: „was er (der Testator) einem jeden nach dem Tode gegeben wissen wolle".[3]

Wie man nun an der vorhin erklärten Stelle des Gajus stets achtlos auf ihren wahren Inhalt vorüberging, so ist dies vielberühmte Testament per aes et libram bis auf den heutigen Tag, trotz aller darüber geführten Untersuchungen, ein unerklärtes und bizarres Curiosum geblieben. Noch immer ist die Kritik, die schon Plutarch gegen dies Testament übt[4]: „Wenn die Römer Testamente anfertigen, so lassen sie die Einen als Erbtheilempfänger zurück und Andern verkaufen sie das Vermögen, was widersinnig erscheint", eine unbeseitigte. In der That, wozu dieser Verkauf? Und wie ist er möglich, wenn hinterher wieder durch den Willen des Testators über das Verkaufte verfügt wird und dann andere Personen als der Käufer die Erbschaft erhalten sollen? Es

---

[1] Siehe Gajus, Comm. II, §. 102; Ulpian, Fr. XX, §. 9. Theophil. ad §. 1 Inst. de test. ord.

[2] Welche, wie bereits Dernburg bemerkt (Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente [Bonn 1821], S. 23, Note 21), das Volk der Quiriten darstellen.

[3] „... amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat, *eumque rogabat, quid cuique* post mortem suam *dari vellet*", sagt Gajus. Wir haben im Text absichtlich die Worte des Gajus: ... familiam suam, id est *patrimonium* suum, unübersetzt gelassen. Sie bedeuten aber nicht, daß der Erblasser dem fam. emptor Familie oder Vermögen verkauft, sondern daß er ihm seine Willensherrschaft veräußert, und daher alles derselben Unterworfene diesem zusteht. Dies ist die Bedeutung von *patrimonium*. Wir erinnern nur an die Eintheilung der Dinge in res *extra* nostrum patrimonium und quae in nostro patrimonio habentur, und was wir im ersten Bande hierüber gesehen haben. Darum also erläutert Gajus familiam suam durch *id est patrimonium suum*. — Daß aber auch schon familia nichts anderes heißt, werden wir später bei Erörterung des römischen Familienbegriffs sehen. Wir werden daselbst zeigen, daß die römische familia nur genau denselben speculativen Begriff der Willensidentität ausdrückt im zeitlichen Nebeneinander der Subjecte, welchen das Erbthum im zeitlichen Nacheinander darstellt.

[4] Plut. de ser. num. vind., p. 550 C., T. III, p. 220 ed. Wytt.: „ὅταν δὲ διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας."

ist eine imaginaria venditio, sagen die Römer. Aber wozu die Veranstaltung dieser Scheinform, wenn gerade nach derselben die Sache unmöglicher erscheint als früher? Worauf beruht und wozu ist erforderlich diese sonderbare und sich selbst widersprechende Rolle des familiae emptor? Diese und andere Fragen sprießen hier von selbst empor, und es ist bekannt, wie sie von Bergmann[1], Heineccius[2], Trekell[3], Schrader[4], Dernburg[5] u. a. zu beantworten und die Entstehung dieser sonderbaren Testamentsform künstlich-historisch zu erklären versucht worden ist. Aber wenn diese Versuche ihr Ziel nicht erreicht haben, so hat doch Gans ebenso unrecht[6], die Frage, wie die Römer zu dieser Testamentsform gekommen, als eine relativ-unbedeutende neben der Frage nach dem Geist dieses Testaments beiseite zu werfen. Denn, richtig gefaßt, ist vielmehr offenbar, daß hier die Fragen nach der Entstehung und nach dem Geiste dieser Testamentsform gänzlich zusammenfallen müssen, weshalb es denn auch Gans daselbst durchaus nicht gelungen ist, den Geist dieses Testaments wirklich zu erklären.

In dem gegenwärtigen Zusammenhange muß aber dieser Geist schon so durchsichtig geworden sein, daß es statt aller verwickelten Untersuchungen nur noch des Hersetzens einer ganz kurzen Stelle des Gajus bedarf, um in vollständigster Evidenz so Entstehung wie Bedeutung dieser Testamentsform hervortreten zu lassen.

Gajus sagt[7]: „Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est; *sane nunc aliter* ordinatur atque *olim solebat*, *namque olim familiae emptor*, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat*, et *ob id ei* mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; *nunc* vero *alius heres* testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris *imitationem* familiae emptor adhibetur."

Früher also, sagt Gajus, nahm der familiae emptor selbst die Stelle des Erben ein (locum heredis obtinebat), und deswegen trug ihm der Testator auf, was er einem jeden nach dem Tode ge-

---

[1] De numero septenario testium in testamentis, §§. 5, 6.

[2] De origine testamenti factionis et ritu testandi antiquo (in opusc. Syll. exerc., XXVII, 970 sqq.).

[3] De origine et progressu testamenti factionis (Leipzig 1739).

[4] In Hugo's civ. Magazin, V, Nr. 7, 156.

[5] Beiträge zur Geschichte der röm. Testamente (Bonn 1822).

[6] Erbrecht, II, 82 fg.

[7] Comm., II, §. 103.

geben wissen wolle. Jetzt aber wird ein „anderer Erbe" (*alius* heres; hier tritt also nochmals und noch bestimmter hervor, daß früher der familiae emptor der heres war) eingesetzt, von dem auch die Legate ausgehen, und nur noch zum bloßen Schein, um an das alte Recht zu erinnern, wird noch ein familiae emptor dabei angewandt — wie übrigens diese positive Thatsache als solche, trotz des versuchten Widerspruchs von Hotomannus, Thomasius, Trekell, Dernburg u. a. heute (s. Gans, a. a. O., Huschke[1], Ihering[2] und viele andere) lange als allgemein anerkannt gilt, auch schon von den ältern Autoren und den Auslegern des Theophilus, Vinnius, Conradus Reitz u. s. f., immer festgehalten worden ist, und auch durch das Zeugniß des Gajus, der Institutionen[3] und des Theophilus[4], sowie durch realen Beweis viel zu positiv verbürgt war, um nicht, trotz der innern Unbegreiflichkeit der Sache, festgehalten werden zu müssen.[5]

Hierin aber, daß der familiae emptor früher der wahrhafte civilrechtliche Erbe war, das Vermögen aber nicht für sich erhält, sondern weil er des Erben Stelle einnimmt (*ob id*, sagt Gajus, sc. quia heredis locum obtinebat), nur den Auftrag erhält, wie das reale Vermögen unter die Familie oder andere Personen vertheilt werden soll, — hierin liegt, wie sich jetzt zeigt, die Entstehung und Bedeutung der Testamentsform per aes et libram, und wiederum ein souveräner Beweis für die speculative Bedeutung des civilistischen Erbbegriffs, die wir oben als das specifische Wesen des römischen Erbrechts und des römischen Volksgeistes überhaupt entwickelt haben, und die im testamentarischen Erbrecht[6] die Spaltung zwischen dem civi-

---

[1] Studien des Röm. Rechts (Breslau 1830), I, 235.

[2] Geist des Röm. Rechts, II, 561, 562.

[3] Inst., §. 10 de test. ord. (2, 10).

[4] Lib. II, tit. X, §. 1, p. 332 sqq. ed. Reitz.

[5] Dieser liegt nämlich darin, daß noch lange, nachdem fam. emptor und Erbe auseinandergefallen, die in der Gewalt des fam. emptor Stehenden — als des ursprünglichen formellen Erben — nicht zu Testamentszeugen gemacht werden können, während die in der Gewalt des in den Tafeln geschriebenen Erben — als eines ursprünglich bloßen Legatars — zu Zeugen genommen werden können, was sich bis auf Justinian erhält; s. Gajus, II, §. 108; Ulpian, XX, §§. 3—5; Inst. l. l.; Theoph., lib. II, tit. X, §. 10, p. 342 ed. R. Schon Justinian wirft diesem scheinbaren Widerspruch vor, daß durch ihn totum jus conturbatum sei. Als Reliquat des ursprünglichen testamentum per aes et libram begreift er sich aber sehr leicht.

[6] Im Intestaterbrecht muß dieser Begriff des römischen Erben verhüllt bleiben, weil, da ja hier nichts über das Vermögen verfügt ist und dasselbe somit dem Willen als seinem Herrn folgen muß, die Spaltung nicht eintreten kann, und also der Willensfortsetzer (Erbe) stets mit dem Vermögen erfüllt sein muß.

listischen Erbthum und der Vermögenszuwendung als ihre nothwendige und den Geist dieses Erbthums erst enthüllende Folge hervorbringt.

Um dies näher zu zeigen, ist es von Interesse, zuvor die Widersprüche zu betrachten, in welche sich die Autoren über diese Stelle des Gajus verwirren. Die gemeinschaftliche Quelle dieser Widersprüche ist natürlich eben die, daß sie, jenes speculativen Begriffs des römischen Erbrechts nicht mächtig, immer voraussetzen, Erbe sein und das Vermögen erhalten sei innerlich dasselbe, oder daß sie, wie dies nun in scharfer Antithese wird ausgedrückt werden können, den civilistischen Erben als Vermögenserben statt als Erben des Willens des Erblassers betrachten. Immer von dieser heutigen Anschauung durchdrungen, müssen sie sich dabei natürlich in die entgegengesetztesten Irrthümer verwickeln. So sagt Gans[1] also mit hohem Unrecht gegen Dernburg: „Dernburg nämlich meint, der familiae emptor sei zuvor ein bloßer Fiduciar, also nicht der Erbe selbst gewesen; erst späterhin habe sich die Person des Erben und des familiae emptor identificirt. Das Zeugniß der Römer aber ist gerade das Andere, daß zuerst der familiae emptor und der Erbe Eine Person gewesen, daß aber späterhin ein anderer den Erben, ein anderer den familiae emptor abgegeben habe", wofür sich nun Gans auf die in Rede stehende Stelle des Gajus bezieht. Wenn hier also Gans, weil er den Begriff des Erben und der Nachfolge in die Vermögenshinterlassenschaft, wie alle unsere Autoren, für identisch hält, die Dernburg'sche Behauptung, der familiae emptor sei zuerst ein bloßer Fiduciar gewesen, als unrichtig bezeichnet und sie durch jene Stelle des Gajus (die sie vielmehr durchaus bestätigt) widerlegen will, so tadelt er gerade das Richtigste, was bisher noch über den familiae emptor gesagt worden ist. Nichts in der That ist passender für denselben, als der Vergleich mit dem Fiduciarerben, der gleichfalls durchaus den civilistischen (idealistischen) Charakter des Erben behält, das Vermögen aber wie jener an Andere abgeben muß.

Ebenso falsch ist es, wenn Gans (das. S. 79) den Einwand Dernburg's[2], warum der Erbe nicht selbst familiae emptor werde, da ein Dritter dem Erben nach römischen Grundsätzen kein römisches (quiritarisches) Eigenthum erwerben könne, dadurch widerlegen[3] will, daß der

[1] Erbrecht, II, 83.

[2] Gegen Trekell, welcher glaubt, das Mancipationstestament habe seinen Grund darin, dem Erben dadurch das quiritarische Eigenthum zuzuwenden, da dieses sonst bei den Intestaterben verblieben und nur das bonitarische auf den Erben übergegangen wäre.

[3] Die wahre Widerlegung dieses Dernburg'schen Einwandes ist vielmehr die, daß, wie sich aus dem Folgenden von selbst ergibt, die mit dem Vermögen Bedachten nicht durch den Erben (familiae emptor) als durch eine dritte Person

familiae emptor früher wirklich mit dem Erben Eine Person gewesen sei — was er nämlich wieder so versteht, als habe der familiae emptor früher auch die Erbschaft (das Vermögen) behalten sollen.

Aber andererseits ist Dernburg's Ansicht, trotz der richtigen Auffassung des familiae emptor als eines bloßen Fiduciar, nicht weniger falsch und genau durch denselben Grundfehler, weil er den Erben mit einem Vermögensempfänger für identisch hält, zu den entgegengesetzten Irrthümern gezwungen und nicht nur um die Resultate gebracht, welche diese scharfsinnige historische Untersuchung sonst gehabt haben würde, sondern auch gerade zu dem unhistorischsten Resultate hingetrieben. Dieser Grundirrthum Dernburg's spricht sich schon in seinem eben geäußerten Einwurf aus, warum (ursprünglich) der Erbe nicht selbst familiae emptor gewesen — da er vielmehr gerade dies, und blos nicht der mit dem Vermögen Bedachte, allerdings gewesen ist.

So kommt Dernburg zu der Folgerung, die wahren Erben seien bei diesem Testament ursprünglich die Intestaterben geblieben; ferner der familiae emptor, und durch ihn der Erbe, habe zuerst nicht mehr in Anspruch nehmen können, als ihm wirklich mancipirt worden, da ihm doch vielmehr, wie die Stelle des Gajus deutlich zeigt, gar nicht einzelne Vermögensgegenstände, sondern nur die Willensherrschaft (familia id est patrimonium) mancipirt wurde. Ferner: allmählich habe sich der Rechtssatz ausgebildet, daß „der familiae emptor zwar noch nicht Erbe, aber doch so nahe daran sei, daß er loco heredis genannt werden könne". Hiergegen ist zweierlei zu bemerken: einmal, daß, wie Gans bereits richtig eingeworfen, diese Identification zwischen Erben und familiae emptor, statt allmählich zu entstehen, vielmehr der ursprüngliche Anfang ist, und ferner, daß der hier noch übrig gelassene Unterschied, der familiae emptor sei „zwar noch nicht Erbe, aber doch so nahe daran, daß er loco heredis genannt werden könne", ein ganz irriger ist. Der familiae emptor war vielmehr ganzer und wahrer Erbe und nicht nur „so nahe daran" u. s. w. Wenn sich Gajus zuerst ausdrückt, „*locum* heredis obtinebat", so kommt das nur daher, weil er eben andeuten will, daß dieser Erbe (in der Regel)

---

das Vermögen des Erblassers erwerben, sondern es lediglich von dem Erben erwerben, der beim Tode als Fortsetzer der menschlichen Willensherrschaft zum momentanen Eigenthümer geworden ist, und jenes Hinderniß gegen den Erwerb des quiritarischen Eigenthums also gar nicht vorliegt. Es wird hier wiederum deutlich, wie wichtig es ist, den Satz richtig zu begreifen, daß der Legatar (was Dernburg, Gans und die Autoren sämmtlich unter dem Erben beim testamentum per aes et libram verstehen, wird uns — in der ursprünglichen Form dieses Testaments — nothwendig zum Legatar) *quasi contractu* vom Erben (also vom familiae emptor) erwerbe.

nichts vom Vermögen bekam und nur den juristischen Charakter des Erben hatte, während zu Gajus' Zeit und für sein Bewußtsein doch schon der Begriff des Erben und des Vermögensnehmers ganz und gar zusammengefallen war. Daß aber der familiae emptor wirklich ganzer und voller civilistischer Erbe gewesen ist und das „loco heredis" hier eben nur diesen Unterschied andeuten soll, geht schon daraus hervor, daß ja jedes römische Testament doch einen wirklichen Erben brauchte und das Mancipationstestament also im Anfang ohne jeden solchen gewesen wäre, wenn nicht eben der familiae emptor wahrhafter Erbe war, und ferner sagt es ja auch Gajus unmittelbar darauf mit den bestimmtesten Worten: nunc vero *alius heres* instituitur, womit also zugleich gesagt ist, daß früher der emptor der *heres*, und nicht blos loco heredis, gewesen ist.

Wenn also Dernburg infolge alles dessen bei dem Resultate anlangt: der familiae emptor sei im Anfang ein bloßer Fiduciar und nicht der Erbe selbst gewesen, und zweitens: erst späterhin habe sich die Person des Erben und des *familiae emptor* identificirt, so liegt schon in dem ersten Satze das ganz Wahre und ganz Falsche friedlich nebeneinander. Allerdings war der familiae emptor ein bloßer Fiduciar, aber ebendeshalb war er nicht „nicht der Erbe selbst", sondern gerade deshalb und als solcher bloßer Fiduciar war er der Erbe selbst. Und weil also auch hier das Falsche schon da ist, so tritt dasselbe nun in dem zweiten Satz zu dem alles verderbenden und das historische Zeugniß der Römer geradezu auf den Kopf stellenden, durchaus unhistorischen Gesammtresultat heraus, erst späterhin habe sich die Person des Erben und des familiae emptor identificirt, während sie, wie Gajus ausdrücklich bezeugt, vielmehr ursprünglich identisch sind und sich erst späterhin trennen. Man muß daher allerdings mit Gans in den Vorwurf des durchaus Unhistorischen, welchen er dem Resultat dieser historischen Forschung macht, übereinstimmen. Wenn aber Gans dagegen sagt: „das Zeugniß der Römer aber ist gerade das Umgekehrte, daß zuerst der familiae emptor und der Erbe eine Person gewesen, daß aber späterhin ein anderer den Erben, ein anderer den familiae emptor abgegeben habe", so ist dies den Worten nach und in unserm Sinne ganz richtig, in dem aber schon oben nachgewiesenen Sinne, den es bei Gans hat, daß der „Erbe" auch der Vermögensnehmer gewesen sei, ebenso völlig falsch und unhistorisch wie das Dernburg'sche Resultat. Der historische Verlauf der Sache ist vielmehr der, daß Begriff des Erben und des familiae emptor zuerst identisch und von dem Vermögensnehmer getrennt (i. e. nicht nothwendig mit ihm verbunden und auch, wie Gajus oben durch das plerique bezeugt, factisch der Regel nach nicht mit ihm verbunden)

ist, daß allmählich aber Begriff und Stellung des Erben auf den Vermögensnehmer übergeht, d. h. auf den, welcher in der ursprünglichen Form des Mancipationstestaments blos Vermögensnehmer, Legatar gewesen war. Der von uns entwickelte Begriff des römischen Erben als bloßen Willenserben zum Unterschied vom Vermögensnehmer und die Spaltung, in die er zu letzterm tritt, ist allein der den Autoren fehlende Ariadnefaden, der in den hierdurch entstandenen Verwirrungen derselben zurechthilft.

Bereits muß nun aber auch die Bedeutung und Entstehung des Testaments per aes et libram, nicht aus irgendwelcher untergeordneten historischen Veranlassung, sondern aus dem Innersten des historischen römischen Volksgeistes heraus vollkommen klar geworden sein.

Diese Testamentsform ist nämlich nichts anderes als das auch in der Form gesetzte Dasein des von uns entwickelten römischen Erbrechtsbegriffs überhaupt. Im Testament calatis comitiis kann blos der eingesetzte Erbe so mit Vermögensverfügungen zu Gunsten Anderer beschwert werden, daß nichts von der Hinterlassenschaft auf ihn kommt; hier ist dies also blos materielles Recht, obwol freilich diese Spaltung so sehr Zug des römischen Geistes, daß in der Regel, wie uns Gajus oben verrathen, diese Spaltung vorgenommen und dem Erben nichts hinterlassen wird. Aber ebendeshalb muß nun dieser materielle Erbrechtsbegriff auch als die eigene Form des Testamentsacts selbst an demselben heraustreten — und so entsteht das Testament per aes et libram, welches dies vollständig vollbringt und deshalb die andern Testamente überwindet und so lange überlebt.

Es wird durch einen Scheinverkauf der Willensfortsetzer für die Zeit nach dem Tode gesetzt, und dieser, der familiae emptor, hat ursprünglich lediglich und allein die Bedeutung, der Erbe des Erblassers zu sein; und da nun dem römischen Geiste die Substanz des Erbbegriffs lediglich in der Willenscontinuation (Willenserbschaft), nicht in dem einer Vermögenserbschaft, besteht, so wird nun durch den Willen des Testators dem mit ihm identischen Willen seines Willenserhalters, d. h. Erben, aufgegeben, an welche andere Personen nach dem Tode das Vermögen gegeben werden solle. Die Worte des Gajus: *et ob id*, nämlich quia heredis locum obtinebat, *ei mandabat* testator, quid cuique post mortem suam dari vellet, zeigen schon an und für sich bei unbefangener Betrachtung, daß das Vermögen durch die Vertheilung an Andere erschöpft wurde und der emptor nichts davon erhielt, und bestätigen dies durch die mildernde Paraphrase, „locum heredis obtinebat", zu der Gajus greift, weil schon für sein Bewußtsein ein Erbe ohne Vermögenserbschaft nicht mehr recht faßlich war. Aber so viel hat sich Gajus noch von der altrömischen Anschauung

gerettet, um im Conflict zwischen dem, der den Willen des Erblassers ausführt, und dem, der sein Vermögen nimmt, nur in dem *erstern* den Erben und in dieser Willenserhaltung überhaupt das wahre Wesen der Erbschaft zu sehen. Und darum verbindet er diesen Satz mit dem vorigen durch ein gar nicht genug hervorzuhebendes „ob id", d. h. er sagt, um diesen Satz nach seinem wahrhaften Sinne zu übersetzen, ganz unbefangen: „und *weil* jener der *Erbe* war, trug *ihm* der Testator auf, an *welche Andere* das *Vermögen* kommen solle", während wir nach unserer heutigen Anschauung mindestens erwarten müßten, zu hören: „und *obgleich jener* der *Erbe* war, trug ihm der Testator auf, an welche *Andere* u. s. w."

Der familiae emptor oder der Erbe ist also nur *die vollbrachte Willensunsterblichkeit* des Testators. Dieser kann jetzt ruhig sterben, denn er hat den Erhalter seiner Willenssubjectivität gefunden. In diesem, als einem *lebendigen* Subjecte von *geltendem* Willen, wird sich sein Wille fortsetzen und an der Außenwelt ausführen. Der familiae emptor kann sehr wohl als der *Vertheiler* des Vermögens etwa mit dem modernen *Testamentsexecutor* verglichen werden [1], bis auf den Einen Unterschied, der aber der totale Unterschied des Begriffs wäre, daß der familiae emptor *Erbe* ist und der Testa-

[1] An einer höchst interessanten, immer unbeachtet gebliebenen Stelle in einem an Bibelstellen (vgl. Brief an die Galater, IV, 24—31) angelehnten und bei ihm besonders häufig wiederkehrenden bildlichen Vergleich zwischen dem Testament im rechtlichen Sinne und dem religiösen Testament (Altem und Neuem) und den zur Erbschaft darin Berufenen scheint der heil. Augustinus fast diese ganz richtige Einsicht über die begriffliche Stellung des Erben zum alten Mancipationstestament, im Verhältniß zu seiner Stellung zu der spätern Form desselben, zu bekunden. Er sagt (contra duas epist. Pelag., lib. III, c. 4, T. X, p. 297 D. ed. Ord. Bened. [congreg. S. Mauri] Antwerp. 1700): „Sed quia in eo (im Alten Testament) praefigurabatur novum, qui hoc intelligebant tunc homines Dei, secundum distributionem temporum, *veteris* quidem Testamenti *dispensatores et gestatores*, sed *novi* demonstrantur *heredes*." Wenn man die Stelle in ihrem Gesammtverlauf liest, wird man sich noch weniger enthalten können, in diesen Worten die deutliche Spur der Einsicht bei Augustinus hervortreten zu sehen, daß auch im *Substrat* seines Bildes — dem rechtlichen Testament — ein *altes* Testament zu unterscheiden ist, bei welchem der Erbe nur *„dispensator et gestator"*, oder, wie wir oben sagten, *Testamentsexecutor und Vertheiler* ist, und ein *neues* Testament, in welchem er erst *wahrhafter* Erbe, d. h. Empfänger ist. So erst wird auch das Substrat des Bildes ein zu diesem wahrhaft passendes. Darum fügt Augustinus später (das., S. 299 C.), immer noch an diesem Substrat seiner Darstellung festhaltend, hinzu, daß, während das Alte Testament blos in servitutem generat, nur bei dem Neuen Testament für den Erben eine *„spes bonorum"* vorhanden sei, freilich, wie er hinzusetzt, „non carnalium, sed spiritualium, non terrenorum, sed caelestium, non temporalium, sed aeternorum". Gerade aber, daß die „spes *bonorum*", die ihm zum charakteristischen

mentsexecutor nicht, d. h. daß der familiae emptor die Willenssubjectivität des Todten in seiner eigenen Person fortdauernd darstellt, während der Testamentsexecutor nur vorübergehend einen bestimmten Willensinhalt des Testators als einen ihm selbst fremden Willen ausführt, ein Unterschied des Begriffs, der, weit entfernt davon, ein bloßer Wortunterschied zu sein, vielmehr so reale Folgen hat, daß auf den römischen familiae emptor, auf diesen erbtheillosen Erben, auch die sacra und die Schulden übergehen.

Wenn uns also der heil. Ambrosius von einer *hereditas sine re* berichtet, wenn er sagt: „*sed sunt heredes sine re, sunt et cum re*“ [1], so ist es nur dieses alte Willenserbthum ohne Vermögenszuwendung, von dem sich bei ihm noch eine Erinnerung aufbewahrt hat, eine Erinnerung, die er aber, ungleich dem heil. Augustinus (siehe die vorige Note) selbst nicht mehr versteht, sodaß er sich nun diesen Satz, von dem er gehört hat, in höchst schwankender und sich selbst auflösender Weise bald als das Verhältniß der Erben bei Lebzeiten des Testators (et dicuntur heredes testatore vivente qui scripti sunt, sed sine re), bald und an derselben Stelle durch die unter Tutel befindlichen Erben zu erklären sucht. Ja, noch bis in diese Begriffsverwirrung hinein dämmert ein Anklang des Richtigen. Denn freilich ist es das charakteristische Merkmal des durch das testamentum calatis comitiis und des durch das testamentum per aes et libram in seiner alten Form ernannten Erben (des familiae emptor), daß sie schon bei Lebzeiten des Testators ernannte und kundgethane Willenserhalter sind. Und von selbst muß nun durch diese hereditas sine re klar geworden sein, wie die noch in den Rechtsquellen aufbewahrte Eintheilung der bonorum possessio in bon. poss. *cum re* und *sine re*, die man bisher mit Recht als eine völlig leere Subtilität zwecklos und verwunderlich finden konnte [2], nur die organische Nachbildung jenes Unterschiedes der hereditas sine re und cum re ist, welcher begrifflich wie praktisch von höchster Wichtigkeit und von epochemachender Entwickelung im Erbthum ist. [3]

Unterschied des Neuen Testaments wird, ihm ja für seinen spiritualistischen Zweck nicht conveniren kann und er daher gezwungen ist, dieselbe erst wieder umzudeuten, zeigt, daß er bei diesem Bilde unter der Einwirkung seines juristischen Substrats steht und also von einem alten Mancipationstestament, wo der Erbe nur dispensator und gestator ist, und von einem neuen, in welchem er erst eine spes bonorum empfängt, sehr wohl gewußt haben muß.

[1] Epistol., lib. V, ep. 43. Opp. omn. (Paris 1632), T. V, p. 294 E.

[2] Siehe Savigny in dem oben (Nr. II u. III) bezogenen Aufsatz der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft.

[3] Und jetzt müssen nun in ihrer ganzen begrifflichen Tragweite und in ihrer

Der entscheidendste Beweis aber für die aufgezeigte Bedeutung des Testaments per aes et libram ist seine Formel. Sie lautet[1]: *„Familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodelamque meam esse ajo eaque quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam*[2]*, hoc aere* (et ut quidem adjiciunt *aeneaque libra*[3] esto mihi empta.“

Was heißt das in wahrhaft sinngetreuer Uebersetzung anders, als: „Ich setze Deine Willensherrschaft als die meinige, damit Du nun mit diesem Recht für die Zeit nach Deinem Tode verfügen kannst, und eigne sie mir darum an durch diesen symbolischen Kauf.“ Es ist ein Kauf und der fam. empt. gibt dem Testator den symbolischen Kaufpreis des aes. Denn bisher hat der Erbe allein gesprochen, und freilich kann er dies auch, vor allen Dingen seinen Willen bekundend, denn er wird der überlebende Wille sein, der durch seinen Willen die Willenssubjectivität des Erblassers fortsetzen soll. Damit er diese aber nicht blos an sich gerissen zu haben scheine, damit es auch formell gesetzt sei, daß der Erblasser, der bis dahin den Erben blos factisch sistirt hat, die Ehre seines Willens bei dieser Aneignung desselben habe, „zur Theilung der Ehre“, εἰς τὸν τιμῆς μερισμόν — wie ein anderer Kirchenvater[4] an einer schönen, gleichfalls immer unbeachtet gelassenen Stelle, die wir sub Nr. X ausführlicher mittheilen werden und die daselbst unsere gesammte Auffassung dieses Testaments noch einmal auf das schlagendste bestätigen wird, über dasselbe sagt —, gibt er ihm den symbolischen Kaufpreis. Die Ehre, die nach Clemens hierbei getheilt wird, das ist jener honor des römischen Erbthums überhaupt, die Ehre der Willensherrschaft (s. oben S. 50). Es gibt nichts Erläuternderes zu dieser solennellen Formel, als die Worte des Plautus[5]: „. . . quod *tuum'st, meum'st, omne meum est autem tuum.*“ In der That ist die Identification der beiden Willen die vollständige und gedoppelte, daß nicht nur der Wille des Erblassers als Wille des Erben, sondern auch der Wille

ganzen Beweiskraft für unsere Entwickelungen Aussprüche der Rechtsquellen, wie die folgenden, durchsichtig sein: L. 50 pr. de h. p. (5, 3): Hereditas enim *sine ullo corpore juris intellectum habet.* L. 119 de v. s. (50, 16): Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam *damnosam hereditatem, juris enim nomen est,* sicuti bonorum possessio, L. 3 pr. §. 1 de bon. poss. (37, 1) u. a.

[1] Gajus, II, §. 104.

[2] Ueber dieses legem *publicam* siehe sub Nr. X.

[3] Vgl. Gajus, I, 119. Varro de L. L. IX, 83, p. 518 ed. Müller. Tertullian adv. Marc., II, 6.

[4] Clemens Alexandr. Strom., V, c. 8, p. 574 ed. Sylb.

[5] Trin., II, 2. 52.

des Erben als Willensherrschaft des Erblassers gesetzt wird.[1] Auch liegt dies ja schon nothwendig im Begriff der Identität des Willens überhaupt und ist auch durchaus erforderlich, damit der Testator nun über den Willen und die Willenshandlungen des Erben verfügen kann, spricht sich also ganz deutlich in dem Theile der Formel aus: quo *tu* jure test. facere possis. Endlich hat es aber auch seine sinnlich-fühlbare Realität sowol in dem später zu betrachtenden Legat rei alienae, als in den Schulden, die, wenn der Erbe auch nichts von der Erbschaft bekommen hat oder um wie viel sie auch dieselbe überschreiten, dennoch

[1] Wenn Huschke (Studien, S. 233, Note 59) und Böcking (Pandekten des röm. Privatrechts, I, 256, Note 15), um die Schwierigkeit der Mancipationsform dieses Testaments, obgleich ja die hereditas (Gajus, II, 34) keine res mancipi sei, zu erklären, sagen: bei dieser Mancipation werde „ja nicht die hereditas (quae viventis nulla est), sondern die familia, d. h. der eine Theil der Privatfreiheit des Testators, welcher mit seinem Tode eine Sache bilden (sein) wird, die Vermögensfreiheit mancipirt, und diese ist ebenso gut, wie die ganze Person, mancipi; Gajus, I, 120" —, so ist dieser Vergleich mit der Mancipationsfähigkeit der ganzen Person ein höchst trefflicher und zeigt in der That den Grund, warum die Mancipationsform bei dem Testament, ohne Widerspruch gegen die Eintheilung in die res mancipi und nec mancipi, angewendet werden kann. Aber nach jener Lehre selbst ist dieser Vergleich noch kein berechtigter; sie widerspricht ihr vielmehr. Denn wenn etwas für den Augenblick des Todes mancipirt wird, was in diesem Zeitpunkt „eine Sache bilden (sein) wird", so würde ja wirklich eine Sache mancipirt, und zwar eine unkörperliche, die hereditas, die ja eben nicht res mancipi sein kann. Erst in unserer Entwickelung, nach welcher nicht Vermögen noch Sache, sondern die Willenssubjectivität des Erblassers dem Erben mancipirt wird, empfängt jener Hinweis auf die Mancipationsfähigkeit der ganzen Person seine volle Berechtigung. — Ebenso zeigt auch schon die Formel: familiam pecuniamque tuam endo mandatelam tutelam custodelamque meam esse ajo, gegen Huschke, daß nicht blos „ein Theil der Privatfreiheit, die Vermögensfreiheit", sondern die ganze subjective Willensherrschaft der Person, patrimonium, wie Gajus richtig erklärt (s. oben S. 87, Note 3), mit Hinsicht auf den Moment des Todes zur Aufrechterhaltung übertragen wird. — Ebenso wenn Böcking, a. a. O., I, 134, Testament und Erbschaft so auffaßt: „Das Testament macht den dazu ernannten Erben in Beziehung auf die Nachlassenschaft des Testators zu dessen Familienglied", so zeigt sich jetzt, wie dem schon die Formel ganz positiv entgegensteht. Denn nicht der Erbe wird vom Testator zum Glied seiner Familie gemacht, sondern er recipirt in sich die gesammte familia des Testators (meam esse ajo), nicht als Glied, sondern als Träger, nicht die Familie, sondern die römische familia, was etwas ganz anderes ist (s. Nr. XL), nämlich die subjective Willensherrschaft. — Nur der speculativen Behandlung ist es gegeben, hier wie anderwärts in voller Uebereinstimmung mit den römischen Formeln zu sein, während die juristisch-verständige Auffassung, wenn auch oft unmerklich, in einen entschiedenen positiven Widerspruch zu ihnen treten muß — ein nicht geringer Beweis für die Wahrheit der erstern Methode.

dem Erben zur Last fallen und das seiner eigenen Willensherrschaft unterworfene Vermögen verzehren.[1]

Nachdem nun in dem ersten Act, dem symbolischen Kauf, die bloße Willensidentität des Erblassers mit einem Dritten und also der Erbe gesetzt ist, folgt nun die Verlautbarung des Willensinhalts des Testators, d. h. die nuncupatio testamenti. Diese Zweiheit dessen, was in diesem Testament geschieht, läßt Ulpian scharf hervortreten[2]: „In testamento quod per aes et libram fit, *duae res aguntur*, familiae mancipatio et nuncupatio testamenti", und ebenso hat Gans diesen Dualismus, obwol mit einer unrichtigen Erklärung desselben, mit Recht scharf hervorgehoben.[3] Was aber sagt nun der Testator? Er sagt nicht — denn er kann nach dem Obigen ja gar nicht mehr sagen — *heres* esto oder heredem esse jubeo, sondern seine Formel ist: „haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, *ita do ita lego ita testor* itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibitote"; d. h. — und es ist unbegreiflich, wie alles dies stets so unbeachtet bleiben konnte — das ganze Testament ist nach seinem Inhalt, wie die Formel zeigt, eine *do lego* Verfügung, d. h. eine bloße Legatenverfügung, ein Testament, das sogar nach prätorischen Begriffen vollkommen nichtig wäre, da es ja ein Testament ohne Erbeinsetzung ist. Woher kommt es, daß auf einmal hier, während stets das umgekehrte Verhältniß waltet, das prätorische Recht formalistischer und strenger zu sein scheint, als das Civilrecht? Aber natürlich! Der Testator kann hier ja gar keinen Erben im Inhalt seiner Willenserklärung mehr einsetzen, denn der Erbe ist ja nur der Willenserhalter, und dieser ist ja hier schon in dem *familiae emptor*, ist schon in der Form des Testaments, in der Handlung desselben, im symbolischen Kaufe, gegeben.[4]

---

[1] Daher das Widerstreben und das Odium des römischen Geistes gegen den Beneficiarerben, der erst unter Justinian sich sein Dasein erkämpft, auch dann noch stets die Vermuthung gegen sich hat u. s. w.; vgl. unten Nr. XLI und beim Wesen des germanischen Erbrechts.

[2] Fragm. XX, 9.

[3] Erbrecht, II, 85 fg.

[4] Man sieht jetzt noch deutlicher, warum es im schriftlichen Testamente (vgl. oben S. 53 fg.) schlechterdings heißen muß: heres esto. An die Stelle dessen, was im Mancipationstestament in seiner ursprünglichen Form durch die dramatische Handlung bewirkt wird, kann nur der imperatorische Willensstoß treten. Ein erzählendes tempus würde unwahr sein, weil ja das Erzählte noch nicht eingetreten, und ebenso ist Erklären, daß man macht (das praesens), noch kein Machen, sondern bloßes Sagen. — Vgl. über das Bewirken noch sub Nr. X über die Productivkraft der Formel-Solennitäten.

Das Wahrste also, was bisher über das testamentum per aes et libram und über das römische Erbrecht überhaupt gesagt worden ist, ist, wie unsere Entwickelungen zeigen, eine Bemerkung des alten Thomasius, über die er nicht selten hart ausgescholten worden ist; seine Bemerkung nämlich[1], die Römer hätten, weil sie die naturrechtliche Wahrheit des Grundsatzes, daß kein Mensch nach dem Tode und darum also auch nicht für den Todesfall über sein Vermögen verfügen könne, selbst gefühlt hätten, um ihre Gesetzgebung mit diesem naturrechtlichen Grundsatze wieder auszugleichen, deshalb das Testament durch die Mancipationsform zu einem Geschäft unter Lebenden gemacht. Freilich tritt hier das Wahre wieder in einer sich selbst ganz entfremdeten, verkehrten Form auf. Nicht um die Wahrheit jenes naturrechtlichen Grundsatzes ruhig bestehen zu lassen und nun dennoch über das Vermögen verfügen zu können, wird zu der Mancipation gegriffen, sondern um diesen naturrechtlichen Grundsatz und die in ihm hervortretende Schranke der Endlichkeit zu besiegen, um zu bewirken, daß der Wille auch nach seinem Erlöschen noch fortdauere, in diesem specifischsten Interesse des römischen Geistes und seines historischen Inhalts wird durch die Handlung unter Lebenden der identische Willenserhalter erzeugt und nun, nachdem die Schranken der Endlichkeit, des Natürlichen und Naturrechtlichen, überwunden sind (vgl. Nr. X) und die Willensfortdauer hervorgebracht ist, kann über das Vermögen testirt werden.

Was ferner durch die vorstehende Entwickelung dargethan ist, ist dreierlei:

Erstens: daß schon, selbst wenn der Bericht des Gajus, Theophilus u. s. w. nicht vorhanden wäre, die sacramentelle Formel dieses Testaments selbst zureichend zeigen würde, daß ursprünglich der familiae emptor der Erbe gewesen, und daß hierauf die ganze Bedeutung dieses Testaments beruht;

Zweitens: daß nun, indem allmählich der Satz sich ausbildet, daß die sacra cum pecunia übergehen, d. h. indem sich allmählich der starre civilistische (idealistische) Erbbegriff des römischen Geistes zu der Anschauung erweicht, daß der Erbe auch der materiell Bedachte sein müsse, und daher nun, wie Gajus berichtet, ein anderer als der familiae emptor durch Erbeinsetzung in den *tabulis cerisque* zum Erben wird (nunc vero *alius* heres *instituitur*), — daß dann, sagen wir, dieses Testament um jeden Sinn gekommen, mit sich selbst in Widerspruch, ja in absolute Incongruenz mit seiner eigenen Formel getreten ist (da das mündlich gesprochene *do lego* gebraucht wird für

[1] De sensu leg. decemviralis, §§. 10, 21.

die in den tabulis enthaltene *institutio heredis*)[1], und daß jetzt daher diese Testamentsform nur noch als das alterthümliche Symbol einer nicht mehr verstandenen Vergangenheit fortbesteht;

Drittens aber endlich, daß, indem jetzt der Gebrauch aufgekommen, einen Erben in den tabulis einzusetzen, das civilistische Mancipationstestament nicht nur seinen innern Existenzgrund verloren, sondern sich von selbst zum prätorischen Testament entwickelt hat. Es muß dies bereits sonnenklar sein. Dem familiae emptor im Mancipationstestament entspricht der instituirte Erbe im prätorischen, den materiell Bedachten in jenem, die Legatare in diesem. Nachdem es Sitte geworden, statt des familiae emptor einen der in den Tafeln materiell Bedachten auch zum Erben zu machen, ist hierdurch von selbst, unter Fortfall des nun überflüssigen emptor, die schriftliche Erbeinsetzung des einen Bedachten und die Verknüpfung der anderen zu bedenkenden Personen mit ihm als Legatare entstanden, oder das civilistische Testament hat sich von sich selbst zum prätorischen Testament entwickelt, wobei nun familiae emptor, libripens und die fünf Zeugen zu sieben Zeugen werden.

Aber so hartnäckig erhält sich die Ahnung, daß der wahrhafte specifische Erbbegriff des römischen Geistes, der in jener Spaltung des Erben und des Bedachten besteht, die sich im Testament per aes et libram ihre eigenthümliche Form gibt, hierbei zu Grunde gegangen ist, daß nun dennoch dies prätorische Testament die civilrechtliche *hereditas* nicht zu übertragen vermag, sondern nur bonorum possessio verleiht, bis denn in der christlichen Kaiserzeit die Unterschiede des prätorischen und des Civilrechts verlöschen.

IX. Das Fideicommiß und seine geschichtliche Entwickelung.

Es ist bereits oben (S. 67) vergleichsweise an den Fiduciar erinnert worden und es liegt in der Sache, auf die bisherige Betrachtung noch einen Blick auf das Institut der römischen Fideicommisse folgen zu lassen. Bereits muß der Schleier auch von diesem Institut gefallen sein, da wir uns nun einmal in dem speculativen Lichtkern des römischen Erb-

[1] Eine absolute Incongruenz des Begriffs, von welcher die von Justinian und Ihering bemerkte Incongruenz (s. oben S. 89, Note 5 u. 2), daß die in der Gewalt des Erben Stehenden Testamentszeugen sein können und die des familiae emptor nicht, nur eine verhältnißmäßig sehr verschwindende, sehr winzige Folge ist.

rechts befinden, von welchem aus alle noch so festen und verknoteten Gebilde desselben sich zu transparenten, sich selbst erleuchtenden Gestalten aufschließen.

Die bisherige Ansicht über die römischen Fideicommisse ging dahin, daß sie erfunden worden seien, um, da das Fideicommiß die höchste Freiheit genoß, Verbotsgesetze, wie die lex Voconia und andere Hindernisse zu umgehen. Bei dieser Ansicht bleibt nur unerklärlich, wie ein Volk dazu kommen soll, sich erstens Gesetze zu schaffen, die keine äußere Macht ihm aufnöthigt und die von ihm hoch und heilig gehalten werden, und zweitens Umgehungsinstitute, um alle diese Gesetze wieder illusorisch zu machen, ja, diese Umgehungsinstitute mit der öffentlichsten moralischen und zuletzt auch rechtlichen Billigung zu bekleiden, da es dann weit einfacher gewesen wäre, jene Gesetze wieder aufzuheben, als besondere Umgehungsinstitute zu ihrer Eludirung einzurichten.

Im gegenwärtigen Zusammenhange muß nun bereits ein ganz anderes Licht auf die Fideicommisse und ihre Entstehung gefallen sein. Denn durch die bloße Zusammenstellung mit dem, was wir vorher über das materielle Recht des testamentum calatis comitiis, sowie bei Gelegenheit der lex Falcidia (S. 83 fg.) und jetzt über das testamentum per aes et libram gesagt haben, verliert das Fideicommiß die Isolirtheit, die es bisher behauptet hat, und erweist sich als die analoge Reproduction des das gesammte römische Erbrecht durchdringenden Geistes.

Es ist immer derselbe Trieb uralt römischer Rechtsbildung, welcher in der fideicommissarischen Erbschaft sein drittes und bereits relativ schwächstes Reis treibt. Es ist derselbe Trieb der Spaltung zwischen dem Erben, der Willenserbe ist, und dem mit dem Vermögen Bedachten, der, wie er im testamentum calatis comitiis als unbedingtes materielles und in der Regel angewendetes Recht der totalen Absorbirung des Vermögens durch Legate, im testamentum per aes et libram als die eigene Form des Testamentsacts, so endlich im Fideicommiß als ein auf die freie Anerkennung dieser im Volksgeist geheiligten Sitte, als ein auf die spontane Achtung der im Erbrecht vorhandenen Willensidentität des Erben mit dem Erblasser basirtes Institut auftritt.

Die fideicommissarische Erbschaft besteht darin, daß jemand zum Erben eingesetzt wird, der nicht materiell bedacht werden soll (der Fiduciar), und ihm, auf Grund jener Willensidentität, die den Erblasser ja befähigt, über die Willenshandlungen des Erben zu verfügen, aufgegeben wird, einem andern materiell zu Bedenkenden, der aber nicht Erbe wird, das Materielle der Erbschaft auszuhändigen. — Auf diese Weise kann das Fideicommiß nun freilich benutzt werden, um Verbotsgesetze

zu umgehen und Erbunfähigen das Vermögen zuzuwenden. Aber es kann hierzu nur benutzt werden, weil dies Institut schon vorher in der Erbthumsauffassung des römischen Volksgeistes, in jener Anschauung des Erben als bloßen, nichts Materielles lucrirenden Willenserhalters seine organische Grundlage, seine Entstehung und Erklärung hat; nicht aber als ob es etwa aus einem besondern, dem Gesetzbildungstrieb der Völker zur Seite stehenden, Gesetzumgehungstrieb im römischen Volksgeiste hervorgegangen wäre.[1]

Es zeigt sich dies nun in allen charakteristischen Zügen des Erbschaftsfideicommisses.

Zuvörderst muß der Erbe, d. h. der nichts vom Vermögen erhalten soll, in aller Form Rechtens Erbe sein können, während dies von demjenigen, dem restituirt wird, gleichgültig ist, sonst ist kein Willensaufrechterhalter da, und darum kann dann auch der Bedachte nichts vom Vermögen bekommen. „Inprimis igitur sciendum est opus esse, ut aliquis heres *recto jure* instituatur, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat; alioquin *inutile* est testamentum, in quo nemo *recto jure heres* instituitur."[2] Als besonders charakteristisch aber tritt hervor, daß dieser Fiduciar nach wie vor Erbe bleibt, auch nachdem er die Erbschaft dem Fideicommissar abgegeben hat, während dieser dadurch nicht zum Erben wird. „Restituta autem hereditate, is qui restituit, *nihilo minus heres permanet.*"[3] Der civilistische (idealistische) Charakter des Erben ist eben gar nicht an das Vermögen geknüpft.

Man hat diesen Fiduciarerben auch einen heres apparens, einen Scheinerben, genannt. Allein es ist so wenig Schein dabei, und der Begriff hat vielmehr eine so harte Realität, daß der Fiduciar nicht nur

---

[1] Ja, man läßt mit Unrecht unbeachtet, daß, wo wirklich nur die Umgehung positiver Verbotsgesetze der Zweck war, dies doch auf ernste Schwierigkeiten im Volksgeiste gestoßen zu sein scheint. So erzählt doch wenigstens Cicero, wenn er selbst auch anderer Meinung ist, daß von jener zahlreichen Versammlung, deren Urtheil sich P. Sextilius Rufus, der Fiduciar des Q. Fabius, unterwirft, ob er der Tochter desselben mehr als die lex Voconia gestatte, aushändigen solle, keiner dieser Ansicht ist. Cic. de fin. bon. et mal. II, c. 17: „... Addebat etiam se in legem Voconiam juratum contra eam facere *non audere*, nisi *aliter amicis videretur*. Aderamus nos quidem adolescentes, sed etiam *multi amplissimi viri*, quorum *nemo* censuit *plus* Fadiae dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire." Ebenso zeigt Gajus, II, §§. 284, 285, daß die Umgehung, den peregrinis durch Fideicommisse Vermögen zuzuwenden, prohibirt wurde.

[2] Gajus, Comm., II, §. 248.

[3] Gajus, II, 251.

die Actionen behält, sondern auch, nachdem er alles abgegeben, die Actionen der Gläubiger gegen ihn als den wahren Erben gehen. Dieser enterbte Erbe hat daher in der frühern Zeit kein anderes Mittel, sich gegen Schaden zu decken, als nun seinerseits mit dem Fideicommissar einen Scheinverkauf der Erbschaft vorzunehmen. „Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii (der Fideicommissar), sed potius emptoris; tunc enim in usu erat, ei cui restituebatur hereditas, nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes *inter venditorem hereditatis et emptorem* interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas.“[1]

Allein der dialektische Humor von der Sache ist, daß der Erbe durch diese verkäufliche Ueberlassung der Erbschaft an den Fideicommissar doch immer nur den Willen des Erblassers ausführt, und daß er also, da dies ja gerade der Begriff des Erben ist, der Willensausführer des Erblassers zu sein, durch diese Willensausführung des Erblassers die Qualität des Erben durchaus nicht los werden kann, sie vielmehr gerade bethätigt und daher nach wie vor Erbe und den Actionen verhaftet bleibt.

Er gewinnt daher nur einen Vertreter an dem Fideicommissar für alles, wozu er selbst als Erbe verurtheilt würde, was ihn aber gar nicht außer Gefahr bringt für den Fall, daß er an diesem keine Deckung mehr findet. Gajus gibt daher a. a. O. den Inhalt jener Stipulationen weiter so an: „id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid *hereditario nomine condemnatus fuisset*, sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset et omnino *si quis cum eo hereditario nomine ageret*, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem, invicem stipulabatur, ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset, id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones *procuratorio aut cognitorio nomine exequi*.“

Endlich wird, unter Nero, um den Erben gegen diese Gefahr zu decken[2], durch das SC. Trebellianum aus der Billigkeit[3] bestimmt, daß, wenn der Erbe die Erbschaft restituirt hat, die Actionen nicht mehr

---

[1] Gajus, Comm. II, §. 252.

[2] Ulpian sagt ausdrücklich in der L. 1, §. 3 ad SC. Trebellianum (36, 1): „Sublata est hoc Senatusconsulto dubitatio eorum, qui adire hereditatem recusare seu metu litium seu praetextu metus censuerunt.“

[3] „Cum esset *aequissimum*“ etc., beginnt dieses Senatusconsult l. l.

ihm und gegen ihn[1], sondern dem Fideicommissar und gegen den Fideicommissar gegeben werden sollten.[2]

So fielen denn nun, da jetzt der Prätor dem Fideicommissar und gegen den Fideicommissar utiles actiones gab, jene Scheinverkäufe als überflüssig fort.[3]

Als nun aber in der Anschauung des Erbschaftsbegriffs im Volksgeiste allmählich die Aenderung vorgeht, daß der Erbe auch mit Vermögen erfüllt sein müsse (vgl. oben sub Nr. VII) — was sich in Rom stets einfach so äußert, daß immer mehr und mehr Erben sich weigern, wegen des „leeren Namens des Erben“[4], die Erbschaft anzutreten und daher die Fideicommisse hinfällig werden[5] —, da muß nun

[1] Gans (Erbrecht, II, 222 fg.) muß bei seiner von der obigen gänzlich abweichenden Darstellung der historischen Entwickelung des Fideicommisses bei diesem Senatusconsult den Schein erregen, als liefen neben den actiones utiles gegen den Fideicommissar auch die directen Actionen gegen den Erben fort. Denn er begründet dies SC. so: „Da nun der Fideicommissar ebenso ein Ganzes, wie der Erbe vertritt, so ist das Nächste, daß er auf ähnliche Weise, wie der Erbe, in Beziehung auf das Vermögen betrachtet wird, d. h. daß er actiones utiles erhält, sowie daß actiones utiles gegen ihn gestattet werden. Dieses wird durch das SC. Trebellianum bewirkt.“ Er spricht daher auch, S. 223, von einem durch dies SC. hervorgebrachten „Nebeneinanderbestehen des Erben und Fideicommissars“ in der Erbschaft, während dies Nebeneinanderbestehen durch dies SC. vielmehr gerade aufgehoben wird. Er sieht daher die innere Veranlassung dieses SC. darin, daß die Fideicommisse (unter Augustus) aufhören, „von der Willkür des Erben abhängig zu sein“, und daß nun deshalb „das Verhältniß des Erben zu dem Fideicommissar nichts mehr mit dem Erbschaftsverkaufe gemein hat (eine Ansicht, von der wir gleichfalls sehr bald sehen werden, wie positiv falsch sie ist), und zwar um so häufiger, als häufig gar nicht die ganze Erbschaft restituirt wird, sondern der Erbe neben dem Fideicommissar in der Erbschaft bleibt“. Allein diesen Fall hat das SC. zunächst gar nicht vor Augen, wie sein Text zeigt. Es läßt daher auch nicht, wie Gans noch später, S. 226, in den Worten: „aber daß in jedem Falle dem Fideicommissar, wie dem Erben, die Erbschaftsklagen zustehen, sowie es das SC. Trebellianum verordnete“, positiv sagt, actiones utiles neben den actiones in heredes zu, sondern schneidet dieselben ausdrücklich ab: „... placet et actiones quae in heredes heredibusque dari solent, eis *neque in eos neque his dari* qui fideicommissum etc., *sed his et in eos*“ etc.

[2] Siehe Gajus, Comm. II, 254; Ulpian, XXV, 14. Dig. 36, 1.

[3] Gajus, a. a. O.: „.... post quod senatusconsultum desierunt illae cautiones in usu haberi.“

[4] Inane nomen heredis, s. Gajus daselbst.

[5] Darum sagt auch hier wieder Gajus, II, §. 254: „Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire *hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant* et ob id extinguebantur fideicommissa“ etc. Im Anfang kann dies also nicht der Fall gewesen sein, und es tritt also die allmähliche Umwandlung

auch der Fiduciar, diese bloße Durchgangsperson, gewählt vom Erblasser, um nichts zu haben, dieser sogenannte bloße Scheinerbe, dessen Erbschaft nicht blos zufällig durch das Dasein von Verfügungen über alle einzelne Gegenstände der Erbschaft (Legate) aufgezehrt wird, sondern der ausdrücklich gewählt wird, um die Erbschaft als Ganzes zu übergeben (*hereditatem* restituere), — auch dieser muß nun, da er als Willenserhalter einmal realer civilistischer Erbe ist, und gleichviel ob dies dem Willen des Erblassers entspricht oder nicht, seinen realen Antheil an der Hinterlassenschaft haben. Er muß es gerade wegen der jetzt vorhandenen Identität zwischen Erben und Vermögenserben. Indem aber so der Fiduciar auch realer Theilnehmer am Vermögen werden soll, und zugleich um seines civilistischen Charakters als Erbe willen von selbst die gesammte Hinterlassenschaft erhalten würde, insofern darüber nicht anders vom Erblasser verfügt worden wäre, ist dadurch der Fiduciar zum Fideicommissar von selbst in das Verhätniß des Erben zum Legatar getreten, d. h. es hat sich jetzt durch seine eigene dialektische Nothwendigkeit das Verhältniß ganz auf den Kopf gestellt. Denn der Fiduciarerbe wird jetzt, weil, sowie er mit dem realen Vermögen in irgendwelchen Contact gesetzt wird, sein begrifflicher Charakter als civilistischer Erbe durchschlagen muß, zum Nichtfiduciarerben, und der Fideicommissar, welchem nach dem Willen des Testators die *hereditas* als Gesammtheit übergeben werden sollte, wird dadurch zum einfachen Quotenlegatar, zum legatarius partiarius[1], d. h. zum Nichterben

---

der Anforderung, welche Sitte und Volksgeist mit dem Begriff des Erbthums verbinden, auch hier wieder deutlich hervor.

[1] Also erst durch dieses den Fiduciar nothwendig mit einem realen Antheil an der Hinterlassenschaft erfüllende SC. Pegasianum wird das Fideicommiß zum Legat, durchaus nicht schon, wie Gans, II, 218, will, durch die unter Augustus beginnende Erzwingbarkeit der Restitution des Fideicommisses vom Fiduciar. Durch diese Erzwingbarkeit haben die Fideicommisse freilich einerseits aufgehört, „eine Hervorbringung der Pietät zu sein", aber es ist so wenig wahr, daß sie, wie Gans sagt, „dadurch ihren eigenthümlichen Begriff verloren und von den Legaten nicht mehr zu unterscheiden" seien, daß sie vielmehr nach wie vor diesen Unterschied in noch größerer Stärke bewahren; denn während der Erbe von den Legaten die falcidische Quart abziehen kann, kann er dies vom Fideicommiß noch nicht, worin sich nur zeigt, wie der Begriff der fideicommissarischen Erbschaft, eine „Hervorbringung der Pietät zu sein", auch trotz der Erzwingbarkeit der Restitution wieder noch fortdauert und in ihr gerade am stärksten sich bethätigt (s. oben S. 83 fg.).

Noch besteht also der Unterschied von Fideicommiß und Legat, und dies ist auch nicht anders möglich. Denn er besteht von Anfang an nur darin, daß beim Legat ein einzelner Gegenstand und resp. ein Theil, beim Fideicommiß aber die

zu dessen Gunsten eine bloße Verfügung über einen Vermögenstheil getroffen worden ist.

Wenn aber der Fiduciar bei dem geringsten eigenen Contact mit der realen Hinterlassenschaft, wegen des Durchschlagens seines alten Erbbegriffs den Fideicommissar begrifflich in einen bloßen Legatar verwandeln muß, so kann jetzt, wenn dieser Contact überhaupt eintreten soll, auch rechtlich und quantitativ der Fiduciar, diese bloße Schein- und Durchgangsperson, die alles abgeben soll, im Verhältniß zum Fideicommissar, der das Vermögen als einfache Gesammtheit erhalten soll, gar nicht anders behandelt werden, als wie der Erbe im Verhältniß zur Gesammtheit der Legatare. Wie es also dem Erben zusteht, sich der Gesammtheit der Legatare gegenüber die falcidische Quart abzuziehen, so muß nun auch dem Fiduciar dieselbe Befugniß dem Fideicommissar gegenüber, ohne Rücksicht auf den Willen des Erblassers, gegeben werden. Und dies geschieht durch das SC. Pegasianum, welches die lex Falcidia auf die Fideicommisse ausdehnt.

Es ist also eine Bewegung, von der innersten Nothwendigkeit und von der eigensten Dialektik des speculativen Begriffs hervorgebracht, welche uns Gajus II, §. 254 in den einfachen Worten schildert: „Sed rursus quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut paene totam plerumque restituere rogabantur, adire hereditatem ob nullum aut minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguebantur fideicommissa[1], Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit

---

hereditas als einfache Totalität abgegeben wird. Neben diesem Unterschied besteht aber von Anfang an, und nicht erst seit der Erzwingbarkeit der Restitution, die auch von Gans infolge seines Verfehlens des centralen speculativen römischen Erbrechtsbegriffs nothwendig übersehene Gleichheit zwischen Fideicommiß und Legat, daß beide bloße Vermögenszuwendungen ohne jeden erbrechtlichen Charakter sind, während der Fiduciar und der Erbe rechtliche Erben ohne jede Vermögenszuwendung sind, resp. sein können. Aber erst indem es dahin kommt, daß nun auch beim Fideicommiß nicht mehr die Totalität herausgegeben wird, ist jener Unterschied durchbrochen und durch die nun durchschlagende Seite der Identität das Fideicommiß zum Legat geworden. Durch die bloße Erzwingbarkeit der fideicommissarischen Herausgabe ist dieser Unterschied nicht berührt. Ja, fast wird das Fideicommiß durch dieselbe nur um so mehr dem alten Erbrechte im testamentum calatis comitiis und per aes et libram angenähert, wo der Erbe gleichfalls alles abzugeben gezwungen werden kann. Nur daß der Unterschied immer besteht, daß hier der Erbe alles als einzelne Gegenstände abgibt, über welche verfügt worden ist, sodaß er hierdurch gleichsam nur zufällig und factisch erblos wird, weil nun nach Erfüllung dieser Verfügungen nichts mehr in der Erbschaft ist, während er beim Fideicommiß die Erbschaft als einfache Totalität abgibt (er ist gebeten *hereditatem* restituere), also hier auch in der Form erblos werden soll.

[1] Man sieht, es ist immer dasselbe Moment der Reibung, das Aus-

ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret *quartam partem retinere* atque *e lege Falcidia in legatis retinendi jus* conceditur, ... ille autem qui ex fideicommisso reliquam partem hereditatis recipit, *legatarii partiarii* loco est, id est ejus legatarii cui *pars* bonorum legatur, quae species legati partitio vocatur, quia cum herede legatarius partitur hereditatem."

Allein hier tritt nun sofort eine weitere begriffliche Folgerung hervor. Ist der Fiduciar jetzt mit einem realen Antheil an der Hinterlassenschaft befaßt, so ist zu der Billigkeit des vorher betrachteten SC. Trebellianum nun gar keine innere Veranlassung mehr. Denn diese wurzelte doch nur darin, daß der Erbe, obwol er es als solcher muß, nicht die Schulden der Erbschaft tragen soll, wenn er doch trotz seines Erbcharakters nichts aus derselben empfängt. Jetzt empfängt er aber nicht nur, sondern dies Empfangen durch das SC. Pegasianum ist auch nichts anderes als das Durchschlagen seines alten Erbbegriffs innerhalb der neuen Anschauung, daß der Erbe auch Vermögen erhalten müsse. Wird aber dieser Erbbegriff durch die Anwendung des SC. Pegasianum als durchschlagend gesetzt, so muß er auch in den Passivis wieder durchschlagen. Hieraus fließen also sofort wieder zwei Folgesätze:

1) das *SC. Pegasianum* und das *SC. Trebellianum* schließen sich gegenseitig aus, sodaß wo das eine zur Anwendung kommt, das andere nicht zur Anwendung kommen kann, und
2) der Fiduciarerbe, der auf Grund dieses SC. Pegasianum den vierten Theil zurückbehält, muß nun wieder für alle Schulden der Erbschaft einstehen.[1]

Der zweite Satz, der nur wieder ein Folgesatz des weiter gehenden ersten ist — welchen wir auch in diesem weitern Umfang sehr bald voll-

---

schlagen des Erben, der Kampf der beiden Willenssubjectivitäten, welcher die Institute des Erbrechts zur Bewegung zwingt; s. Nr. VII.

[1] Hierin also, weil das SC. Pegasianum gerade die Anwendung und das Gesetztsein des alten civilistischen Erbbegriffs und das Vorwiegen desselben über die Billigkeit zu Gunsten des Fiduciars enthält (denn nach der Billigkeit soll der Fiduciar nichts bekommen und blos ohne Schaden ausgehen), liegt der Grund, daß hierdurch die bloße Billigkeit des SC. Trebellianum, auch wo sie zu Gunsten des Fiduciar ist, durch das SC. Pegasianum ausgeschlossen sein muß, nicht aber darin, daß, wie Gans, II, 224, ganz irrig sagt, der Fiduciar hierdurch „eine feindliche Richtung gegen den Fideicommissar genommen, sodaß ein Nebeneinanderbestehen beider in der Erbschaft, wie das SC. Trebellianum wolle, nicht mehr gedacht werden könne". Vielmehr wird ja gerade erst durch das SC. Pegasianum das Nebeneinanderbestehen beider in der Erbschaft, die Theilung derselben zwischen ihnen, hervorgebracht.

ständig nachweisen werden —, wird uns von Gajus ganz positiv bekundet, indem er a. a. O. fortfährt: „*per quod senatusconsultum* (SC. Pegasianum) *heres ipse onera hereditaria sustinet*".

Dadurch kann nun aber der Fiduciar wieder viel schlimmer stehen, als er vorher stand, denn während er ein Viertel abgezogen, kann er wieder für einen weit größern Schuldenbetrag actionirt werden. Da er sich weder durch das SC. Trebellianum decken kann, welches er durch die Anwendung des SC. Pegasianum ausgeschlossen, noch auch wie früher einen fingirten Erbschaftsverkauf vornehmen kann (s. oben S. 103), — denn er kann jetzt nicht einmal fingiren, die Erbschaft zu überlassen, da er vielmehr ja als theilnehmender Erbe in der realsten Beziehung zu derselben bleibt —, so bleibt ihm jetzt nichts übrig, als ganz consequent mit dem Fideicommissar, den er ohnehin in einen legatarius partiarius verwandelt hat, die Stipulation vorzunehmen, durch welche sich der Erbe dem legatarius partiarius gegenüber (und umgekehrt) zu decken pflegt, die Stipulation ratirlicher Vertheilung der sich ergebenden Passiva und Activa der Erbschaft. Darum fährt Gajus also fort: „Unde effectum est ut quae solent stipulationes inter heredem et partiarium legatarium interponi, eaedem interponantur inter eum qui ex fideicommissi causa recipit hereditatem et heredem, id est ut et lucrum et damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune sit."

Es sind nun aber hierbei mehrere Fälle möglich. Gajus[1] fährt zunächst also fort: „Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum *ex Trebelliano senatusconsulto* restituitur hereditas et *in utrumque* actiones hereditariae pro rata parte dantur, in heredem quidem jure civili, in eum vero, qui recipit hereditatem, ex senatusconsulto Trebelliano." Wenn also der Fiduciar um nicht mehr als drei Viertel der Erbschaft beschwert ist, so tritt dennoch der Schutz des Trebellianischen Senatusconsultum für ihn ein, und dies könnte, da der Fiduciar ja jetzt ein Viertel behält, dem zu widersprechen scheinen, was wir soeben hierüber gesagt haben, bestätigt es aber nur vielmehr.

Denn nicht durch das bloße Factum, daß der Fiduciar ein Viertel der Erbschaft für sich erhalten, wird das SC. Tribellianum ausgeschlossen. Sondern die Billigkeit dieses Senatusconsults, in welchem der Fiduciar schon gar nicht mehr als Erbe behandelt wird, ist nur dann ausgeschlossen, wenn durch Anrufung und Anwendung des SC. Pegasianum gerade die formelle Gewalt des civilistischen Erb-

[1] Comm., II, 255.

begriffes seinerseits als das herrschende, und gegen den Willen des Testators als das diesen beugende, die Billigkeit somit ausschließende Moment gesetzt wird. Hat daher der Fiduciar durch den eigenen Willen des Testators ein Viertel erhalten, wie Gajus voraussetzt (si non plus — *rogatus sit* restituere), so ist die Billigkeit des Trebellianischen Senatusconsults durch nichts ausgeschlossen und muß daher dem Fiduciar zu Hülfe kommen, wenn er trotz des erhaltenen Viertels in die durch dieses Senatusconsult zu verhütende unbillige Lage gerathen sollte.[1] Obgleich also das SC. Trebellianum eigentlich nur den Fall vor Augen hat, daß der Fiduciar alles abgeben soll, so wird es hier mit dem vollsten speculativen Rechte analog angewendet, und obwol der vom Erblasser mit einem Theil bedachte Fiduciar immer auch für den von ihm restituirten Theil, und nach der Restitution, Erbe bleibt, wie Gajus mit Recht hervorhebt, und daher die Actionen ganz für und gegen ihn laufen (quamquam heres etiam pro ea parte, quam restituit, heres permanet, eique et in eum solidae actiones competunt), so werden doch jetzt beiden und gegen beide, Fiduciar und Fideicommissar, die Actionen pro rata ertheilt, in Bezug auf erstern aus dem civilen Erbrecht, in Bezug auf letztern aus dem SC. Trebellianum, sodaß für und gegen den Fiduciar die Actionen nur so weit laufen, als sein Antheil aus der Erbschaft beträgt. „Sed non ulterius oneratur, nec ulterius illi dantur actiones, quam apud eum commodum hereditatis remanet."[2]

Wenn also der Fiduciar vom Erblasser selbst nicht über das Viertel beschwert ist, so tritt das SC. Trebellianum ein. Wenn er dagegen über das Viertel beschwert ist, so liegt der Fall vor, das SC. Pegasianum anzuwenden. Aber hier können nun zwei Fälle eintreten. Der Fiduciar wendet das SC. Pegasianum an und zieht sich die Quart aus demselben ab, oder er wendet es nicht an und gibt freiwillig die ganze Erbschaft heraus. In beiden Fällen fallen ihm natürlich zunächst als civilistischem Erben die gesammten Schulden anheim („sive retinuerit . . . sive noluit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet", sagt Gajus[3], und es fragt sich eben, wie er sich hiergegen deckt, und hierin erst wird sich der Unterschied der Fälle herausstellen können.

---

[1] Darum also, nicht weil hier, wie Gans, II, 224 sagt, „das friedliche Verhältniß zwischen Erben und Fideicommissar nicht als gestört zu betrachten sei", tritt hier das SC. Trebellianum wieder in Kraft.

[2] D. h. für den Mehrbetrag wird er jetzt utilis exceptio erhalten; siehe L. 21 de praescr. verb. (19, 5). Quotiens deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio danda est.

[3] Ib., §. 257.

Im ersten Fall, wenn der Fiduciar die Quart aus dem Pegasianum abzieht, hat er durch die Anwendung desselben das SC. Tribellianum ausgeschlossen und kann sich daher, da er den Fideicommissar in einen legatarius partiarius verwandelt hat, nur durch die Stipulationen partis et pro parte decken. Dies ist es, was wir bereits oben gesehen haben, und es ist nur eine Wiederholung desselben, wenn Gajus fortfährt: „sed quarta quidem *retenta* quasi partis et pro parte stipulationes interponi debent tanquam inter partiarium legatarium et heredem".

Allein wenn der Fiduciar die Quart nicht abzieht und also das Pegasianum nicht anwendet, sondern alles freiwillig herausgibt, so scheint es zunächst nach dem Frühern, als müßte hier das SC. Trebellianum wieder eintreten und ihn decken. Nichtsdestoweniger fährt Gajus fort: „si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et venditae hereditatis stipulationes interponendae sunt". Wenn der Fiduciar also freiwillig alles herausgibt, so soll, wie in der ältern Zeit vor dem Trebellianum (s. oben S. 103), der Scheinverkauf der Erbschaft wieder zur Deckung vorgenommen werden. Warum aber tritt, was auf den ersten Blick sehr überraschen muß, das SC. Trebellianum hier nicht ein, da es ja durch keine Anwendung des Pegasianum ausgeschlossen ist. Diese Frage muß in voller Bestimmtheit aufgeworfen werden[1] und ist von hohem Interesse, weil sich gerade durch sie die Stellung und Bedeutung, welche wir oben dem SC. Trebellianum in dieser historischen Bewegung gegeben haben, vollständig bewährt. Das SC. Trebellianum war uns das Moment der Billigkeit gegenüber

[1] Was Gans unterläßt, welcher II, 225, den Bericht des Gajus hierbei dadurch rechtfertigt, daß „diese Freiwilligkeit der Entsagung auf ein Recht, das eigentlich gegen den überbeschwerenden Erblasser gerichtet ist, die aus der Fideicommissenlehre verdrängte Pietät in ihrer völligen Integrität wieder enthält". Aber in diesem Berufen auf die Pietät tritt der Begriff nicht heraus. Gerade in der Unklarheit, in welcher sich Gans über diese Frage blieb, ist der Grund der falschen Bedeutung zu sehen, welche er dem SC. Trebellianum überhaupt gibt. Gans sieht in demselben immer nur das „Nebeneinanderbestehen beider in der Erbschaft" (s. oben S. 104, Note 1; S. 105, Note 1, und S. 107, Note 1), während dies nur eine analoge Ausdehnung dieses Senatusconsults ist (s. S. 104, Note 1), welches diesen Fall ursprünglich nicht oder doch nicht nothwendig vor Augen hat. Wenn wir dagegen dies SC. als das Auftreten des Moments der Billigkeit gegen den civilistischen Erbrechtsbegriff in der Entwickelung des Fideicommisses fassen, so verweisen wir, außer auf das hierüber bereits Nachgewiesene und die schon oben citirten Worte des Senatusconsults: aequissimum est etc., auf den bald folgenden Fall der wieder eintretenden Geltung dieses SC. (den Fall des erzwungenen Erbschaftsantritts), welcher unserer Auffassung desselben die glänzendste Bestätigung verleihen wird.

dem Walten des streng civilistischen Erbbegriffs in der historischen Entwickelung des Fideicommisses. Auf die Billigkeit kann sich aber nur berufen, wer durch die formelle Härte des Rechts, durch die iniquitates juris, in eine gefährdete Lage versetzt wird. Denn dies ist eben die Bedeutung der römischen aequitas, daß sie nur dem jus und seiner Strenge gegenüber als Ausgleichung dienen soll. Wer dagegen freiwillig sich in diese Lage versetzt, indem er auf die ihm vom SC. Pegasianum angebotene Vermögenserfüllung verzichtete, der kann sich nun auch den Passivis gegenüber, weil er jetzt nicht mehr durch die Rigorosität des jus, sondern durch eigenen Willen gefährdet ist, nicht auf die Billigkeit berufen, sondern mag sich an seinen freien Willen halten. — Es tritt daher das dialektisch höchst interessante Resultat ein, daß, seitdem das SC. Pegasianum da ist, und wenn der Erbe vom Erblasser über das Viertel beschwert ist, das SC. Trebellianum wie durch die Anwendung des Pegasianum, so auch durch die Nichtanwendung desselben ausgeschlossen sein muß.[1]

Näher in Bezug auf den Erbrechtsbegriff betrachtet, begründet sich dieses höchst speculative Resultat so: das Trebellianum, in welchem, wie früher schon bemerkt, der Fiduciarerbe gar nicht mehr als Erbe behandelt wird, stellt das Vorwiegen der Billigkeit über den strengen Erbrechtsbegriff dar. Das SC. Pegasianum stellt umgekehrt (s. S. 104 fg.) das Vorwiegen und die — zu Gunsten des Fiduciar ausschlagende — Herrschaft des formellen civilistischen Erbbegriffs, und zwar in der neuen Auffassung der Erbschaft als einer realen Vermögenszuwendung, im Fideicommisse dar. Der Verzicht aber des überbeschwerten Fiduciars auf das SC. Pegasianum stellt nicht weniger ein Setzen des formell-civilistischen Erbbegriffs als des Herrschenden und Ueberwiegenden dar, nur dieses Erbbegriffs gerade in seiner noch straffern und formellern alten Anschauung als des vom Vermögen unabhängigen abstracten Willenserben. Durch die Anwendung des Pegasianum hat der Fiduciar die Billigkeit gegen den Testator, durch die Ausschlagung des Pegasianum hat er die Billigkeit gegen sich selbst abgewiesen. In beiden Fällen ist die Billigkeit also negirt, in beiden der Begriff des civilistischen Erben im Fiduciar als das im fideicommissarischen Verhältniß herrschende und bestimmte Moment gesetzt. In beiden Fällen kann daher mit dem vollsten Recht des speculativen Begriffs gleich wenig vom SC. Trebellianum als der bloßen Billigkeit die Rede sein.

Wir sahen daher, daß der überbeschwerte Fiduciar, der freiwillig

[1] Es bleibt daher vorläufig kein anderer Fall der Anwendung des SC. Trebellianum, als wenn (s. oben S. 109) der Erblasser selbst dem Fiduciar das Viertel gelassen hat.

das Pegasianum ausschlägt, sich nun an seinen eigenen Willen halten mag, wenn ihm nun die onera der Erbschaft zur Last fallen. So muß er sich in der That durch eine Willenshandlung dagegen sichern, und da er, der nichts aus der Erbschaft behält, deshalb auch keine Stipulationen pro parte mit dem Fideicommissar qua Legatar machen kann, so bleibt ihm nothwendig nichts übrig, als wieder zu der ältesten, ursprünglichsten Form zurückzugreifen und den Scheinverkauf der Erbschaft mit dem Fideicommissar vorzunehmen.[1]

Allein wir haben oben, wo wir diesen Scheinverkauf betrachteten (S. 103), gezeigt, daß der Fiduciar durch denselben doch nur eine Vertretung gewinnt, aber durchaus nicht von den Erbschaftsklagen selbst befreit und somit auch nicht aller Gefahr los wird.

Wir sagten oben, das sei vielmehr der Humor davon, daß der Fiduciar durch den Scheinverkauf der Erbschaft dennoch den Charakter des Erben (und also die Lasten) nicht los werden kann. Denn durch die Ueberlassung der Erbschaft an den Fideicommissar erfüllt er gerade den Willen des Erblassers, und da der Begriff des Erben im römischen Geiste nicht an die Vermögenserbschaft geknüpft ist[2], sondern eben nur darin besteht, Willenscontinuator des Todten zu sein, so bethätigt sich eben, weit entfernt, durch diese Ueberlassung den Erbcharakter abstreifen zu können, der Fiduciar durch dieselbe als wahrer römischer Erbe. Das Zutreffende dieser Dialektik bestätigt sich jetzt noch einmal in wahrhaft glänzender Weise, und noch einmal ergibt sich hier, fast schon am Ende der fideicommissarischen Entwickelung, der Begriff der subjectiven Willensidentität als das alleinige, das römische Erbrecht beherrschende und noch bis in seine letzten Zeiten fortreagirende Moment.

Ein Mittel hat nämlich der Fiduciarerbe allerdings, um den Charakter des Erben und mit ihm die onera der Erbschaft abzustreifen.

Durch das SC. Pegasianum wird nämlich zugleich verfügt, daß,

---

[1] Es zeigt sich also hier entscheidend, daß die von Gans gegebene (II, 222) Entwickelung der alten Scheinverkäufe zum SC. Trebellianum, eine Entwickelung, deren bewegendes Moment er darin sieht, daß die Fideicommisse unter Augustus erzwingbar geworden wären, wodurch „das Verhältniß des Erben zu dem Fideicommissar nichts mehr mit dem Erbschaftsverkauf gemein hat", und weshalb diese Verkäufe nun hätten fortfallen müssen (s. dagegen unsere Darstellung, S. 103 fg.), nicht die richtige ist, da ja hier die Scheinverkäufe lange nach der Erzwingbarkeit der Fideicommisse und bei Fortdauer derselben wieder hervortreten.

[2] In welchem Falle er allerdings mit der Ueberlassung der Erbschaft als solcher auch den Charakter des Erben los werden müßte.

wenn sich der Fiduciar weigert, die Erbschaft *anzutreten*, er vom Fideicommissar durch Vermittelung des Prätor dazu angehalten werden kann.[1] Wie seit Augustus zur *Restitution* der Erbschaft, kann er jetzt auch zur *Antretung* derselben *gezwungen* werden.

Das in den bisher erörterten Fällen über die Ausschließung des SC. Trebellianum durch die *Anwendung* wie *Nichtanwendung* des SC. Pegasianum Gesagte gilt nun blos in dem Falle, wenn sich der Fiduciar zum Erbschaftsantritt *nicht* erst zwingen läßt.[2]

Läßt sich der Fiduciar aber *zwingen*, d. h. legt er also an den Tag, daß er in *keiner Willensidentität mit dem Testator* sei, daß er den *Willen* desselben *nicht fortsetzen wolle*, so hat er *hierdurch allerdings entscheidend den Charakter des Erben abgestreift*; denn *dann* hat er eben *das* negirt, worin nach unserer Darstellung allein der Begriff des Erben besteht. Dann also *ist* er gar nicht mehr Erbe, *dann erst* ist er zur bloßen *Schein-* und *Durchgangsperson* geworden, dann verliert er hierdurch einerseits mit dem *Wesen des Erben* nothwendig das *Abzugsrecht auf die Quart*, wie andererseits damit auch die *Schulden* von ihm fortfallen, welche die wieder eintretende *Billigkeit* des SC. Trebellianum von dem *Nichterben*, zu welchem der Fiduciar hier geworden, ausschließlich auf den hinter dem Rücken dieser bloßen Scheinperson selbständig agirenden Fideicommissar übergehen läßt, sodaß der Fiduciar jetzt *keinerlei* Stipulationen mehr nöthig hat, um sich gegen Schulden zu decken, die ihn nach Abstreifung des Erbbegriffs nicht mehr zu treffen haben. Und so wird denn alles dies in der bündigsten Weise bekundet von Gajus, Comm., II, §. 258: „Sed *si recuset* scriptus heres adire hereditatem . . . cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, jussu Praetorio adeat et restituat, *perindeque ei et in eum qui receperit actiones dentur*, ac juris est *ex senatusconsulto Trebelliano*[3], quo casu *nullis stipulationibus opus est*, quia simul et

---

[1] Gajus, II, 258: „Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id, quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano senatusconsulto, ut desiderante eo cui restituere rogatus est, jussu praetoris adeat et restituat."

[2] Darum sagt Gajus ausdrücklich oben, II, 257: „Sed is qui semel adierit hereditatem, *si modo sua voluntate adierit*, sive retinuerit quartam partem sive noluerit retinere, ipse universa onera hereditaria sustinet etc." Wir übergingen dies oben, weil hier erst dieser Unterschied klar werden kann.

[3] Es zeigt sich hier also von neuem, daß der Gedanke des SC. Trebellianum durchaus nicht, wie Gans will, auf einem „*Nebeneinanderbestehen* des Erben

huic qui restituit securitas datur et actiones hereditariae ei et in eum transferuntur qui receperit hereditatem."

Jetzt erst, mit dieser Schlußbestimmung, ist das SC. Pegasianum als Ganzes in seinem Gedankengange und in seinem Verhältniß zum Trebellianum wahrhaft zu verstehen. Das SC. Pegasianum stellt dem Fiduciar einfach die Alternative, ob er sich als civilistischer Erbe, oder ob er sich als bloße Scheinperson betrachten und setzen will.

Will er seinen civilistischen Erbbegriff festhalten, so soll er, weil bereits mit der lex Falcidia die Anschauung triumphirt hat, daß dem Erben auch Vermögen zugewendet werden müsse, sich die falcidische Quart gegen den Willen des Testators abziehen können. Aber dann muß er auch die andern Folgen des von ihm festgehaltenen Erbbegriffs tragen. Sämmtliche Schulden gehen auf ihn über, die frühere Billigkeit des SC. Trebellianum, welches sich gegen die Härte des formellen Erbrechts erhob, kann, weil er selbst letzteres Moment für sich in Anspruch genommen und sich als civilistischen Erben zu setzen vorgezogen hat, für ihn nicht mehr in Betracht kommen, und er mag sich daher auf eigene Faust, wenn auch unvollkommen, gegen die onera decken.

Will dagegen der Fiduciar nicht den civilistischen Erbbegriff festhalten, will er sich als bloße Scheinperson betrachten, so muß er dies setzen durch die Nichtidentität des Willens mit dem Testator; d. h. er muß sich weigern und sich zwingen lassen. Hiermit tritt dann die Billigkeit für diesen sich als Nichterben setzenden Fiduciar wieder ein, die Schulden gehen aus dem Trebellianum sämmtlich von ihm über, aber er hat dann auch kein Recht auf den Abzug der falcidischen, erbrechtlichen Quart.

Und ebenso ist hier ganz klar ersichtlich, wie, wenn der Mittelfall eintritt, d. h. wenn der Fiduciar freiwillig die Erbschaft antrat, aber auch freiwillig, ohne den ihm verstatteten Abzug zu machen, alles herausgab, das SC. Trebellianum nicht zu seiner Entlastung von den Schulden von ihm angerufen werden kann. Denn wenn er freiwillig antritt, so hat er immerhin sich damit als civilistischen Erben gesetzt und bethätigt, und durch die freiwillige Herausgabe des ganzen Vermögens hat er dies so wenig aufgehoben, daß er dadurch vielmehr diesen Erbbegriff in seiner ursprünglichsten Form und abstractesten Härte gesetzt, und also ebenso sehr, wie durch Abhaltung der Quart, die gegen diesen Erbbegriff ankämpfende Billigkeit ausgeschlagen hat!

Es ist daher eine tiefgehende Bemerkung von Justinian, wenn er gerade in dieser Bestimmung des Pegasianum über den Antretungs-

und Fideicommissar in der Erbschaft", sondern vielmehr lediglich auf dem Auftreten der Billigkeit gegen den civilistischen Erbrechtsbegriff beruht.

zwang, aus welcher, wie wir sahen, sein Geist sich erst begreift, den Hauptinhalt dieses Senatusconsults erblickt[1]: „Sed etiam id, quod *praecipuum Senatusconsulti fuerat*, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur etc.“[2]

Wir sind aber mit der Anführung dieser Institutionenstelle zum Schlußstein in der Entwickelung der historischen Bewegung des Fideicommisses gelangt.

Die Gestalt, die das Fideicommiß bei Justinian empfängt, entspricht ganz dem, was auch sonst die allgemeine Umbildung des Rechts, die unter ihm vorgeht, kennzeichnet.

Der Kampf des civilistischen Erbrechts mit der Billigkeit im Fideicommiß war mit dem Pegasianum zu der Ausgleichung gekommen, daß jeder dieser beiden Standpunkte zu einem, das andere ausschließenden, System für sich entwickelt ist und der Fiduciar zwischen beiden Systemen zu wählen hat. Daher die große Anzahl der feinen, begriffsmäßigen und sich durchkreuzenden Unterschiede. Mit Justinian erliegt der civilistische Erbrechtsbegriff gänzlich der bloßen Billigkeit, welche jetzt allein das Feld behauptet. Daher die Abstumpfung und das Verschwinden jener Unterschiede zu dem gleichgültigsten Einerlei, welches nur Zeugniß ablegt, daß das Erbrecht um seinen Begriff gekommen. Ob der Fiduciar aus dem Willen des Testators die Quart, oder mehr oder weniger, oder gar nichts hat, — er soll die Quart abziehen können, und gleichwol sollen stets die Actionen aus dem SC. Trebellianum sowol gegen ihn als gegen den Fideicommissar pro rata laufen. Gibt er die gesammte Erbschaft heraus, so sollen, auch wenn er sie freiwillig angetreten hat, die Actionen aus dem Trebellianum nur gegen den Fideicommissar zustehen, und ganz ebenso soll es natürlich auch dann sein, wenn er sie nur gezwungen antrat. Stipulationen sind nun in keinem Falle mehr nöthig, denn die äußerliche Billigkeit hat, alle Gedankenunterschiede zertretend, alles auf sich selbst genommen, und darum wird alles auf das SC. Trebellianum als auf das einzige Gesetz der Sache zurückgeführt.

Die in dieser Hinsicht höchst interessante Institutionenstelle (§. 7, Inst. 2, 23) lautet: „Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes et ipsi antiquitati displicuerunt et *quibusdam casibus captiosas* eas homo excelsi ingenii Papinianus

[1] Während Gajus a. a. O. uns diese Bestimmung nur ganz am Ende, und ohne irgendwelchen besondern Ton darauf zu legen, noch anführt.

[2] Inst., §. 7 de fideicomm. hered. (2, 23).

appellat et nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet, ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit exploso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, *omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto praestare* ut *ex eo* fideicommissariae hereditates restituantur; sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive minus, sive penitus nihil, ut tunc quando vel nihil vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam vel quod deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solutum *quasi ex Trebelliano Senatusconsulto*, pro rata portione, actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariae actiones fideicommissario et adversus eum competunt. Sed etiam id quod praecipuum Senatusconsulti fuerat, ut quando recusabat heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere, et omnes ad eum et contra eum transire actiones, *et hoc transponimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo et necessitas heredi imponatur* si, ipso nolente adire, fideicommissarius desiderat restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente."

Es ist höchst eigenthümlich und charakteristisch, wie Justinian in den cursiv gedruckten Worten nicht nur verordnet, was er verordnet, sondern auch noch dies verordnet, daß alle Verfügungen, die er aus dem Pegasianum herübernimmt, auf das Trebellianum übertragen und als aus dessen Autorität herfließend angesehen werden sollen, obgleich er doch in seiner eigenen Darstellung kein Hehl daraus macht, daß das Trebellianum diese Verfügungen durchaus nicht enthalte. Woher kommt dieser bizarre Geschmack, zu decretiren, und zwar nicht in Interpretationsweise, daß ein Gesetz zu enthalten scheinen solle, was es eingestandenermaßen nicht enthalte? Bereits Gans hebt diesen Umstand als sehr bezeichnend hervor. Aber bei ihm steht diese Bemerkung noch in der Luft, weil er das Trebellianum irrthümlich als das Nebeneinanderbestehen von Erben und Fideicommissar in der Erbschaft auffaßt, und es wird daher das Innere dieses bezeichnenden Umstandes nicht klar.[1] Bei uns

[1] Gans sagt hierüber (II, 226 fg.): „Die feinen begriffsmäßigen Unterscheidungen also, ob der Erbe überbeschwert sei oder nicht, ob er abziehen wolle oder nicht, sind in dieser äußerlichen Einheit verschwunden. Daher (?) ist es sogar consequent, daß Justinian auch die verschiedenen Namen der Senatsconsulte nicht mehr existiren lassen will und alles mit dem Namen des Trebellianischen Senatusconsultes belegt." Nein, daher, weil Justinian die feinen begriffsmäßi-

verleiht derselbe unserer Auffassung des Trebellianum eine neue Bestätigung und wirft andererseits ein helles Licht auf die Art von Bewußtheit, die bei der Justinianeischen Rechtsumbildung stattfindet. Da wir nämlich das Trebellianum als die sich gegen den civilistischen Erbbegriff erhebende Billigkeit nachgewiesen haben, so ist es jetzt in seiner ganzen inwendigen Consequenz einleuchtend, warum Justinian, bei welchem der civilistische Erbbegriff ganz und gar unter den Anforderungen der Billigkeit erlegen ist, diese Bedeutung des Trebellianum fühlend, alle seine eigenen Anordnungen auf dieses Senatusconsult überträgt.

Es ist endlich noch erforderlich, einen Gegensatz hervorzuheben, welcher die Geschichte des Fideicommisses in zwei Hälften theilt.

Es ist bereits erwähnt worden, daß bis auf die Zeit des Augustus die Restitution des Vermögens seitens des Fiduciarerben etwas Freiwilliges und völlig Unerzwingbares ist.[1] Erst Augustus befahl in einigen besondern Fällen den Consuln, gegen den treulosen Fiduciar zu interveniren, und dies war so populär, daß es sehr bald zum festen Rechte ward. „Postea primus divus Augustus, semel iterumque gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur et populare erat, paulatim conversus est in assiduam jurisdictionem.“[2] — Es fragt sich nun, wie verhält sich diese Veränderung zu dem Erbbegriff, den wir als den waltenden und thätigen Factor dieser ganzen Sphäre entwickelt haben, und welche innere Modification wird dadurch im Wesen des fideicommissarischen Instituts hervorgebracht? Abstract genommen, könnte man ebenso gut sagen, jener Erbbegriff, welcher den Erben als einen Willenscontinuator ohne Vermögenszuwendung — oder mindestens ohne nothwendige Vermögenszuwendung — setzt, finde eine stärkere Bethätigung darin, daß der Fiduciar sogar rechtlich zur

---

gen Unterscheidungen aufhebt, ist noch nicht abzusehen, warum er diese seine aufhebenden Anordnungen auf alte Senatusconsulte fictive zurückträgt, statt sie als seine eigenen Verordnungen stehen zu lassen; und ebenso wenig warum, wenn er dies schon thun will, er sich gerade das Trebellianum und nicht das Pegasianum dazu aussucht. Und endlich bedarf selbst die Auslöschung der „feinen begriffsmäßigen Unterscheidungen“, die bei Justinian vor sich geht, einer letzten Erklärung ihres Woher?, eine Erklärung, die eben nur in der Verdrängung des civilistischen Erbbegriffs, in welchem allein jene begrifflichen Unterschiede wurzeln, durch die bloße Billigkeit zu sehen ist.

[1] Inst., §. 1 de fideic. her. (2, 23): „Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma esse, quia nemo invitus cogebatur praestare id, de quo rogatus erat etc.“

[2] Inst., l. c.

Vermögensherausgabe gezwungen werden kann, als auch: seine Blüte bestehe gerade darin, daß die bloße Sitte, das Walten dieser Anschauung im Volksgeiste, diese Herausgabe sichert ohne rechtlichen Zwang, dessen Eintreten daher schon den Verfall jener Anschauung bethätige.

Solche Reflexionen sind also überhaupt nicht geeignet, das Wesen der Sache zu bestimmen. Hierzu muß vielmehr der Begriff des Fideicommisses und das Verhältniß des Fiduciars zum nicht-fideicommissarischen Erben noch näher bestimmt werden.

Der Begriff des Erben besteht nach uns darin, Willenserbe, Willenserhalter zu sein. Diese Willensidentität zeigt sich aber nun consequenterweise nicht darin, daß der Testator dem Erben ein Haben zuwendet, sondern vorzüglich darin, daß er ihn, den Erben, nach seinem Willen handeln läßt und hierdurch die Fortdauer seines Willens nach und trotz seinem Tode erweist. Und gerade, sagten wir oben (S. 58, 66 fg.), je mehr die Handlungen, die dem Erben aufgegeben werden, gegen dessen eigenes Interesse gehen, wie die Erschöpfung des ganzen Vermögens durch Legate, desto mehr erweist sich hierin der Triumph und die Fortdauer des erblasserischen Willens. Der Fiduciar, welchem der Erblasser ein solches Thun aufgibt[1], steht darin ganz und gar in Uebereinstimmung mit dem Begriff des echten Erben, und ist darum ein solcher. Daß ihm auferlegt wird, alles abzugeben, verletzt sein materielles Recht nicht, da es auch bei der nicht-fideicommissarischen Erbschaft der Fall sein kann. Ein Unterschied aber ist allerdings vorhanden. Der Erbe bei der nicht-fideicommissarischen Erbschaft gibt das gesammte Vermögen nur in der Form von lauter einzelnen Gegenständen ab, über welche verfügt worden ist, und die, in dieser Vereinzelung genommen, gar keine andere Beziehung zum Erblasser haben, als einzelne der Herrschaft seines Willens unterworfene Objecte zu sein, ja für welche nicht einmal diese schon vorhandene Beziehung zum Erblasser nothwendig und somit auch nicht, wenn sie auch da ist, charakteristisch ist, denn er kann ebenso gut über eine seinem Willen nicht unterworfene fremde Sache verfügen (Legatum rei alienae). Was also durch Legate abgegeben wird, sind schlechterdings nur Gegenstände als solche. Anders beim Fiduciar. Er soll nicht das in seine einzelne Gegenständlichkeit aufgelöste Vermögen, sondern das Vermögen als Ganzes, die hereditas, herausgeben. Werden aber die Vermögensgegenstände so in ihre einfache Totalität zusammengefaßt, als das Vermögen des Erblassers, so erlangen sie durch diese einfache Einheit, in der sie gesetzt werden, einen Widerschein von Subjectivität und einen Reflex der Willenspersön-

[1] Vgl. Inst. pr. de codic. (2, 25) ... quibus ab Augusto petiit *per fideicommissum*, ut *faceret aliquid*.

lichkeit des Erblassers, die ihnen früher fehlte. Sie werden zwar hierdurch noch nicht (s. oben S. 25) zur Grenze und zum Inhalt dieses Willens, aber sie werden jetzt zur „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" des Erblassers, und so wenig diese, in welcher man bisher irrig den Begriff des Erbrechts gesehen hat, mit der Willenspersönlichkeit zusammenfällt, und so wenig letztere in sie aufgeht, so ist sie doch das Abbild, der Widerschein und das unmittelbare Dasein dieser Willenspersönlichkeit in der Sphäre des Vermögens. Die Vermögensgegenstände, statt in ihrer gegenständlichen Form als das Ganze des Erblassers gesetzt, sind der Leib und die unmittelbare Realität seiner Willenssubjectivität. Die Zumuthung an den Erben, alles abzugeben, in dieser Form (der einfachen Totalität) ausgesprochen, enthält also allerdings eine formelle Verletzung seines Rechts, denn er soll die Realität jener Willenssubjectivität als solche abgeben und soll doch selbst die fortdauernde Realität derselben sein. — Weil die Zumuthung das materielle Recht des Erben nicht verletzt, kann sie überhaupt in der Sitte um sich greifen; sie kann — was nur hierdurch erklärlich ist — bei den Erblassern gebräuchlich werden und auf ihre Erfüllung durch den Erben rechnen. Weil aber die Zumuthung das formelle Recht des Erben verletzt, kann sie nicht peremtorisch und mit Rechtszwang, sondern nur bittweise gestellt werden und muß sich der Formeln: peto, rogo, volo, fideicommitto[1] bedienen.

Wenn also seit Augustus die fideicommissarische Restitution erzwingbar wird, so ist hierin ein Doppeltes gegeben.

Zunächst liegt darin ein Sieg jenes alten materiellen Rechts des Erblassers über das formelle Recht vor. Jene alte Anschauung von der Spaltung des Erben als Willenserben und des Vermögensnehmers, im eigentlichen Erbrecht ungefähr gleichzeitig durch die lex Falcidia besiegt und geschlagen, rettet sich in die Sphäre der fideicommissarischen formlosen Freiheit und Freiwilligkeit als in ihren letzten Zufluchtsort und gibt sich — ein speculativer Gegensatz vom höchsten Interesse — nun gerade in dieser Sphäre der Freiwilligkeit erzwingbares Dasein.[2]

Und in hohem Grade sind interessant die Worte, mit welchen uns die Institutionen die Entstehung dieser Zwangsrestitution berichten. Nach-

[1] Gajus, Comm., II, §. 249. Darum sagt Ulpian, Fragm. XXV, 1: „Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur, nec ex *rigore juris civilis*, sed *ex voluntate* datur *relinquentis*." Der Gegensatz „ex voluntate relinquentis", der befremden kann, da ja alle testamentarische Verfügung aus dem Willen des Verstorbenen stammt, zu der Strenge des Erbbegriffs, der er formell widerspricht, ist so erst ganz verständlich.

[2] Siehe hierüber oben S. 83 fg.

dem Augustus in einigen Ausnahmsfällen eingeschritten sei, so sei dies „quia justum *et populare* erat" zur dauernden Jurisdiction geworden. So populär war also — das gewöhnliche Gerede von der Pietät ohne weitern substantiellen Inhalt reicht durchaus nicht aus, dies zu erklären; denn Pietät hat man zu allen Zeiten gehabt, und doch, von welcher andern Nation und Zeit, als der römischen, würde man dies sagen können? — so populär und hartnäckig war also noch damals jene uralte römische Anschauung von der gänzlichen Trennung zwischen Erben und Vermögenserwerb, daß, nachdem dieselbe eben im formellen Erbrecht durch die lex Falcidia besiegt, resp. auf eine quantitative Grenze eingeschränkt worden war, es blos einiger willkürlicher Präcedenzfälle bedurfte, um sie, obwol damals das SC. Trebellianum noch nicht bestand und der Fiduciar also durch die Schulden der Erbschaft noch ruinirt werden konnte, sofort und ohne eigentliches Gesetz, durch ihren bloßen, dem Volksgeist entsprechenden Charakter (populare), im Reiche fideicommissarischer Freiheit, welches hierdurch seinen ganzen Charakter formloser Freiwilligkeit verliert, sich ein erzwingbares Dasein geben zu sehen. Aber in diesem letzten Siege jener alten Anschauung liegt auch bereits wegen jener Verletzung der Form der dialektische Keim zu ihrem letzten Untergange.

Denn indem jetzt das Ganze des persönlichen Vermögens, die hereditas, zu einem erzwingbar-abgeblichen geworden ist, wird sie andererseits wie ein Legat behandelt, und es hat sich also gerade dadurch die Identität von hereditas und Vermögenszuwendung (Legat) auch im Fideicommiß hervorgethan. Ist aber erst diese Identität zwischen hereditas und Vermögenszuwendung auch im Fideicommiß zum Vorschein gekommen, so muß somit auch der Fiduciarerbe als Vermögenserbe behandelt werden, und es liegt also gerade in dieser gänzlichen Rechtlosigkeit des Fiduciars der Keim zu seinem höchsten Rechte, es liegt gerade in dieser letzten Aufrechthaltung der Spaltung zwischen Erben und Vermögensnehmer ihre letzte und entscheidende Niederlage, oder es liegt gerade in der Erzwingbarkeit der Restitution der dialektische Keim zu dem SC. Pegasianum, welches die durch die lex Falcidia gegebene nothwendige Vermögenserfüllung des Erben auch auf den Fiduciarerben ausdehnt.

Es hat sich uns also jetzt auch das Fideicommiß und seine gesammte geschichtliche Entwickelung als der Kampf des von uns aufgestellten Erbbegriffs mit der Anschauung des Erben als eines nothwendig materiell Bedachten dargethan. Wie das prätorische Testament, seine Form der Erbeinsetzung und die ihm gestatteten Bedingungen, wie das materielle Recht der testamenta calatis comitiis und seine regelmäßige Anwendung, nebst den später hieraus hervorgehenden Gesetzen, der Furia, Vo-

conia, Falcidia, wie die Form und Bedeutung des testamentum per aes et libram, so hat sich uns auch das Fideicommiß und sein historischer Verlauf erwiesen, nichts als das Dasein und die Bewegung jenes speculativen Begriffs des Erbthums als der Hervorbringung der individuellen Willensunsterblichkeit zu sein.

X. Die testamentifactio und ihre Bedingungen. Das Testament ein Product des historischen Geistesbegriffs des römischen Volkes und die testamentifactio darum juris publici. — Die querela inofficiosi.

Von diesem speculativen Centrum aus, daß der Erbe nur die Bedeutung hat, den Nichtuntergang des subjectiven Willens darzustellen, indem er durch sich selbst wie durch den Erblasser gesetzt wird als die reine subjective Willensidentität mit diesem, und zwar nicht dem erblasserischen Vermögen, sondern der gesammten Außenwelt gegenüber, daß er deshalb auch das erblasserische Vermögen durchaus nicht nothwendig für sich erwirbt, sondern dies nur dann, wenn keine Vermögensverfügungen getroffen sind, daß aber das Treffen von solchen die echte Bethätigung der Willensfortdauer des Erblassers ist, indem er den Erben dadurch nicht haben, sondern handeln läßt und so sich selbst, wie bei Lebzeiten, weiter als der Willensherr über das Vermögen erweist, daß endlich der Triumph dieser Anschauung gerade darin bestehen wird, den Erben zu enterben, weil gerade durch die von jeder Vermögenszuwendung entblößte Position des Erben die siegreiche Fortdauer des erblasserischen Willens, die reine, interesselose Willensidentität des Erben mit ihm, der ideale begriffliche Charakter des Instituts am schärfsten und härtesten hervortritt, und daß daher diese harte Abstraction den charakteristischen Zug des römischen Geistes und das Moment der Reibung in der Geschichte seines Erbrechts bilden wird, — von diesem Centrum aus, und nur von ihm aus, begreifen sich alle Erscheinungen, Theile und Sätze des römischen Erbrechts, wie dies die Folge noch weiter zeigen wird. Die dunkelsten Gestaltungen desselben, die am weitesten voneinander abliegenden und scheinbar positivsten und willkürlichsten Verzwickungen desselben erweisen sich als die Adern eines organischen Leibes, welche durch die flüssige Dialektik dieser sich durch sie hindurchtreibenden Seele im engsten und innersten, sich gegenseitig erzeugenden Zusammenhange miteinander stehen. Die Gliederung dieses Begriffs gibt die Dogmatik des römischen Erbrechts.

Sein Kampf und seine durch die eigene Härte seiner Abstraction hervorgebrachte Reibung gibt die Geschichte desselben, welche in einem allmählichen Erliegen dieses Begriffs und in der Annäherung seiner an die besonders in der Form der Billigkeit sich geltend machende Vermögenserfüllung des Erben besteht. Aber noch bis in die spätesten Zeiten bleibt das Erbrecht, da es nie den Zusammenhang mit seiner Wurzel gänzlich verliert, stets von diesem Begriffe bestimmt und durchdrungen.

Wir haben dies zunächst nun an den Regeln über die Testamentsfähigkeit und einigen damit zusammenhängenden Vorschriften zu zeigen.

So spricht sich zuvörderst ein sehr richtiges, instinctmäßiges Erfassen der eigenen historischen Bedeutung seines Volksgeistes darin aus, daß, so nahe der Irrthum lag[1], das Testament für juris gentium zu halten, der Römer die Fähigkeit, zu testiren, an die römische Civität als ihre Bedingung bindet. Nur wer in diesen bestimmten Volksgeist aufgenommen ist, ist dieser Willensunendlichkeit theilhaft[2],

---

[1] Der Irrthum, das Testament für naturrechtlich zu halten, welcher seit alten Zeiten so lebhafte Controversen hervorrief und heutzutage wieder besondere Gunst zu gewinnen scheint, muß bereits von selbst durch unsere gesammten Entwickelungen des testamentarischen Erbrechts seine einzige wahrhafte, weil objective Widerlegung empfangen haben und weiter empfangen (vgl. oben S. 99). — Dies wird beiläufig auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß Ulpian (Fragm. XX, §. 14) bei dem Peregrinen das Recht anzuerkennen scheint „ut adversus leges civitatis suae testetur"; denn der Peregrine wird hierdurch nicht blos darauf angewiesen, wie das Gesetz seines Staats fordere, zu testiren, sondern auch darauf, wann das Gesetz seines Staats ein Testamentsrecht kenne, in welchem Falle ihm dasselbe natürlich nicht verkümmert werden kann. Und indem Ulpian dabei ausdrücklich hervorhebt, der dedititius könne absolut nicht testiren, weil er gar keinem bestimmten Staate angehört: „nec *quasi* peregrinus, quoniam *nullius certae civitatis* civis est", tritt gerade das civilistische, politische Wesen des Testamentsrechts aufs deutlichste hervor.

[2] Mit Unrecht meint daher Savigny (System, VIII, 452), daß die testamentifactio im obigen Sinne, als Testirfähigkeit, diejenige Standeseigenschaft im römischen Staate bedeutet, welche „fähig macht zur Mancipation, als der Grundform der römischen Testamente".

Wie nämlich die Bedeutung des Testaments, wenn auch die Mancipation seine Form ist, noch über die bloße Mancipation hinausgeht, so muß — wenn der obige Begriff consequent festgehalten und richtig sein soll — auch zum Testament eine über die bloße Mancipationsfähigkeit noch hinausgehende Fähigkeit und Standeseigenschaft erforderlich sein, die Fähigkeit, einen andern subjectiven Willen zum idealen Träger und Erhalter seiner selbst zu setzen, eine Eigenschaft, welche der diese Anschauung hervorbringende römische Volksgeist mit Recht schlechterdings nur in den seines eigenen Bewußtseins Theilhaftigen erblicken kann und daher an die römische Civität binden muß. Es wäre also für den Begriff erforderlich, daß die Testirfähigkeit noch nicht gegeben sei mit dem commercium, welches zur Mancipation allerdings berechtigt, und daß also nicht, wie

welche erst das historische Product und den eigenthümlichsten Inhalt der römischen Geistesstufe bildet und daher ebenso streng national ist, wie etwa die religiöse Mission der Juden. Der Peregrinus, die Latini Juniani und die dedititii haben daher dies Recht nicht.[1]

Weil aber der Begriff des Erbthums gerade die geistige Identität zwischen Erblasser und Erben ist, das Erbverhältniß somit schon äußerlich sich als Gleichung a=a darstellen läßt, so können nicht Ungleiche einander gleichgesetzt werden, oder es ist mit andern Worten, um dies schon hierher zu nehmen, dieselbe Fähigkeit, wie zum Testiren,

---

Savigny a. a. O. sagt, die testamentifactio in diesem Sinne „gleichbedeutend mit commercium" sei. Und wäre dem so, so wäre hierdurch wiederum bewiesen, daß, was im Testamente vor sich geht, jene ideale Identificirung und nicht eine Vermögenshandlung sei; denn zu allen nach jus civile möglichen Vermögensrechten ist die Fähigkeit durch das commercium gegeben. Nun verhält es sich aber auch wirklich so, wie wir hier sagen. Der Beweis liegt in Ulpian, Fragm. XIX, §. 4, vor. Nicht von dem Latinus Junianus wollen wir sprechen; denn die ihm fehlende Testirfähigkeit — die testamentifactio im Sinne der Testamentszeugenschaft hat er — kann lediglich darauf zu beruhen scheinen, daß bei seinem Tode das Vermögen dem Patron gehören soll, obgleich auch bei ihm seine Unfähigkeit, selbst Erbe zu werden, gleichfalls auf einen noch andern Grund hinweist (vgl. Nr. XXXIII). Aber entscheidend ist, daß Ulpian daselbst unter den Mancipationsfähigen auch die Peregrinen aufzählt, welchen ausnahmsweise das commercium gegeben sei: „Mancipatio locum habet inter cives Romanos... *eosque peregrinos*, quibus *commercium* datum est." Testirfähig sind dagegen die peregrini schlechterdings nicht; Ulpian, Fr. XX, §. 14, und XXII, §. 2. Testirfähigkeit und Mancipationsfähigkeit (oder commercium) decken sich daher durchaus nicht und spielen eine sehr verschiedene Rolle im römischen Geiste. [So wird man schon von selbst fühlen, daß, wenn (s. oben Anm. 1, S. 19) römische Dichter ausrufen können: „Semper caveto ne sis intestabilis", man doch gewiß nicht bei ihnen etwa einen ähnlichen Ausruf über die Mancipationsfähigkeit würde finden können.] Ebenso bleibt der, welcher zur Strafe intestabilis wird (quem lex improbum intestabilemque esse jubet; s. Inst., §. 6 de test. ord. 2, 10), darum immer noch mancipationsfähig. — Man sieht, daß man aus der Mancipation als solcher viel zu viel für dasselbe zu erklären gesucht hat.

[1] Siehe Ulpian, a. a. O. — Wenn Gans dies so begründet (II, 156): „Das Testament ist der Wille des Römers in der Sphäre seines Vermögens; es versteht sich also von selbst, daß Nichtrömer kein Testament machen können", so ist das nur eine petitio principii und keine Begründung. Einmal enthält der Vordersatz eben jenen bisherigen Irrthum über das wahre Wesen des römischen Erbrechts, den wir nun bereits widerlegt zu haben hoffen und bei dessen Festhaltung die Bedingung der Civität durchaus nicht genügend zu erklären wäre, und zweitens folgt der zweite Satz durchaus nicht selbstverständlich aus dem ersten. Denn wäre das Testament wirklich nur der Wille in der Sphäre des Vermögens, also eine Vermögensverfügung, so müßte vielmehr mindestens jeder, der commercium hat, zu derselben befähigt sein; s. die vor. Anm.

auch erforderlich, um zum Erben eingesetzt werden zu können.[1] Die eben Genannten können daher auch nicht Erben werden.[2]

Wenn aber die Theilnahme am römischen Volksgeiste, welcher die Anschauung dieser Unsterblichkeit des subjectiven Willens erst aus seinem eigensten Wesen erzeugt hat, deshalb die nothwendigste und erste Bedingung aller Testirfähigkeit ist, so begreift sich nun erst deutlich, warum jede, auch nur temporäre, Aufhebung dieses geistigen Verhältnisses die Fähigkeit zu testiren aufheben muß. Dieser Zusammenhang mit römischem Volksgeist ist aber suspensirt, wenn ein Römer in die Gewalt und Botmäßigkeit eines fremden Volksgeistes gerathen ist. Und darum kann der vom Feind gefangene Römer kein Testament machen[3], und ebenso wenig die einem fremden Volke gegebenen Geiseln.[4] Man muß sich aber hüten, zu glauben, wie scheinbar sehr nahe liegen kann, daß diese Unfähigkeit des Gefangenen in der Rücksicht auf die in der Gefangenschaft vielleicht gefährdete Freiheit und Selbständigkeit seines Privatwillens ihren Grund habe.[5] Sie hat vielmehr durchaus nur jene objective und streng speculative Bedeutung des durch die völkerrechtliche Gewalt eines fremden Staates suspendirten Zusammenhangs mit dem objectiven römischen Volksgeist. Und der scharfe Beweis hierfür liegt darin, daß der von Räubern gefangene Römer, obgleich die Freiheit seines Privatwillens hier ebenso, ja noch weit mehr, zumal in Bezug auf das Vermögen, gefährdet sein kann, dennoch, weil er hier keinem fremden Volksgeist gegenübersteht, Räuber vielmehr nur eine factische, nicht völkerrechtliche Gewalt darstellen, jene ideale Gemeinschaft im rechtlichen Sinne also nicht unterbrochen ist, deshalb die volle Fähigkeit zu testiren behält.[6]

Wenn so die Theilnahme an der Substanz des gemeinsamen historischen Volksgeistes die erste und wesentlichste Bedingung der Testirfähigkeit war, so hat sich jetzt hierdurch von selbst einer der wichtigsten und inhaltsschwersten Sätze beiläufig erklärt, der Satz: „Testamentifactio non *privati*, sed *publici juris* est.“[7] Man hat diese der mo-

[1] Ulpian, Fragm. XXII, 1: „Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent.“

[2] Cicero pro Caecina, c. 35; Ulpian, a. a. O.; Gajus, Comm., II, 110.

[3] L. 8 pr. qui test. fac. poss. (28, 1); §. 5, Inst. quibus non est perm. (2, 12); Ulpian, Fr. XXIII, 5. — Nicht einmal der miles, der überall ausgenommen ist, genießt hier eine Ausnahme; L. 10 de test. mil. (29, 1).

[4] L. 11 qui test. fac. poss. (28, 1).

[5] Wie selbst Gans glaubt (II, 157), das Testament des Gefangenen sei ungültig, „da ihm sein allgemeiner Boden, der freie Wille, abging“.

[6] Marcianus, L. 13 pr. qui test. (28, 1): „Qui a latronibus capti sunt, quum libri manent, possunt facere testamentum.“

[7] Papinian, L. 3 D. h. t.

dernen Auffassung so widersprechende Anschauung, daß das Testament zum öffentlichen Recht gehöre, allgemein damit zu erklären gesucht, daß es ein formalistisches Ueberbleibsel des alten Comitientestaments sei, durch welches das Testament selbst die Form eines Gesetzes erhalten habe. Man übersieht nur bei dieser Art von Erklärungen das beständig sich wiederholende ὕστερον πρότερον, daß die angebliche Erklärung wiederum eine solche, und zwar gerade das zu Erklärende zu seiner eigenen Erklärung voraussetzt. Denn daß Testamente in den Volksversammlungen gemacht werden — also die ganze Form und Entstehungsmöglichkeit des testamentum calatis comitiis —, ist wieder nur dann wahrhaft begreiflich, wenn das Testament als Sache des öffentlichen Geistes aufgefaßt wird.[1] Jetzt kann auch der scheinbar entgegenstehende Ausspruch des Cicero[2]: „In *publicis* nihil est lege gravius, in *privatis* firmissimum sit testamentum", weder eine Schwierigkeit bilden, noch eine Aenderung dieser Anschauung zur Zeit Cicero's zu bekunden scheinen. Denn der bestimmte Gebrauch, der von der Testamentsfähigkeit gemacht wird, ist allerdings Privatsache; aber das Dasein der Testamentsfähigkeit überhaupt, die Formen, in denen ein Testament errichtet werden kann, ja sogar dies, daß überhaupt Testamente gemacht werden, ist Sache dieses bestimmten Volksgeistes, dessen innerstes ideales Wesen diese Willensunendlichkeit als seinen nothwendigen Ausdruck hervorgebracht hat, ist also Sache des öffentlichen Geistes. Das Testament ist für das römische Volk der Cultus seines eigenen Wesens und geht daher, wie jede andere Cultushandlung, nicht nur in der Volksversammlung und unter dem Beisein der Pontifices[3], sondern in den ausdrücklich nur zu religiösen Zwecken[4] (quae *pro collegio pontificum* habentur) zusammengerufenen Comitien vor sich.[5] Es ist

---

[1] Zu dem hier Folgenden vgl. man das sub Nr. XV: „Das Vindicationslegat. Der Testator ein Gesetzgeber", weiter hierüber Nachgewiesene.

[2] Philipp., II, 12.

[3] Gellius, Noct. att., XV, c. 27: „In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est, Labeonem scribere, *Calata Comitia* esse *quae pro collegio pontificum* habentur, aut *Regis Sacrorum aut Flaminum inaugurandorum causa* .... iisdem comitiis quae calata appellari diximus, sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant."

[4] Es versteht sich bei unserer Auffassung von selbst, daß wir die von Dernburg auf einem andern Wege gut entwickelte Ansicht theilen, in der Comitienform dieser Testamente eine bloße Solennität, ohne Abstimmungsrecht des Volks, zu erblicken, eine Ansicht, von der Gans mit Unrecht wieder abgegangen ist.

[5] Hierin also liegt der organische Grund des öffentlichen Testirens in den Comitien, nicht in dem „Beweis moralischer Selbständigkeit", den Ihering (Geist des Röm. Rechts, Thl. II, Abth. 1, S. 13) in der öffentlichen Testamentserrichtung erblicken zu wollen erklärt. Die öffentliche und die geheime Testamentserrich-

ein Cultusact, sagen wir, denn es ist die höchste Selbstbethätigung seines allgemeinen Volksgeistes, zu der der Römer es bringt, und schon alles das ist Cultus und religiöser Natur, worin ein Volk den öffentlichen Geist feiert, der es durchdringt. Es ist aber auch religiöser Act im intensivsten Grade, denn was der Römer hier feiert, ist ja nichts anderes, als diese specifische Selbstgewißheit des römischen Geistes, diese intensivste religiös-metaphysische Grundanschauung desselben, sich in dem Erben über den Tod hinaus die bleibende Fortexistenz seines Willens zu geben.

Weil aber doch jeder einzelne Testamentsfall immer nur ein einzelner bestimmter Gebrauch von der Testamentsfähigkeit, und insofern also Privatsache ist, so kann die Anfertigung des Testaments zwar auch privatim erfolgen und die Leichtigkeit dieses Modus das testamentum calatis comitiis verdrängen. Dann aber tritt das Bewußtsein, daß das Testament ein Ausfluß des öffentlichen Geistes sei, sowol in der symbolischen Anrede „Quirites" an die das Volk repräsentirenden fünf Zeugen[1] hervor, als durch die solennelle Formel des familiae emptor: „. . . quo tu jure testamentum facere possis *secundum legem publicam*"[2]; endlich aus den Residuis der religiösen Gebräuche.[3]

Hieraus folgt sofort ein Weiteres. Die Willensfortdauer ultra mortem, welche das Wesen des Testaments ausmacht, und die Willensidentification zwischen Erblasser und Erben, durch welche sie bewirkt wird, indem ein anderes Ich als das fortdauernde eigene Ich ge-

tung kann derartige Wirkungen haben, daß die erstere die moralische Selbständigkeit, die zweite die Feigheit begünstigt — weiter als zum Begünstigen ist selbst in den Wirkungen dies Moment nicht zu führen, und nie wird ein Volk aus solchen Einrichtungen Selbständigkeit oder Feigheit empfangen, wenn sie nicht zuvor im Volksgeist liegt —; aber niemals ist in solchen verständigen Reflexionen und pädagogischen Selbsterziehungsmotiven der Grund für die Einrichtungen eines Volks zu erblicken, der vielmehr nur aus der organischen Function des Instituts im Volksgeist abgeleitet werden kann.

[1] Bereits Dernburg (a. a. O., S. 23, Note 21) hat die Bemerkung gemacht, daß diese Anrede vom testamentum calatis comitiis herrühre.

[2] Gajus, II, §. 104.

[3] Bekannt ist der Gebrauch, die Testamente in den Tempeln, und zwar in dem größten Heiligthume Roms, dem Vestatempel, aufzubewahren; s. Tacitus, Annal., I. Kap. 8; Suetonius, Caes., 83; Ulpian, L. 3, §. 3, de tab. exh. (43, 5): „Proinde et si custodiam tabularum *aedituus* vel tabularius suscepit." — In Bezug auf das aes bei dem Testament per aes et libram mag es für die ursprünglich religiöse Bedeutung desselben (wie für die eherne Wage) hinreichen, auf die Stelle des Macrobius, Saturn., V, Kap. 19, S. 135 fg., hinzuweisen, welche beginnt: „Omnino autem ad rem divinam pleraque aenea adhiberi solita sunt, multa indicio sunt; et in his maxime *sacris*, quibus *deliuire* aliquos aut *devovere* etc. etc."

setzt wird, beruht also nicht auf dem Consens des bloßen Privatwillens zwischen Erben und Erblasser, welcher bloße Privatwille vielmehr zur Hervorbringung eines so metaphysischen Actes ganz unfähig wäre, sondern diese Identification schöpft ihre Kraft, die Kraft, sich hervorzubringen, wie schon alles Bisherige zeigte, nur aus dem geistigen Wesen des gesammten Volkes, aus dem Wesen des öffentlichen Geistes somit — und also aus der Solennität der Formel des öffentlichen Rechts, welche diese Identificirung erst bewirken soll.

Schön läßt diese Productivkraft der Formel der Kirchenvater Clemens von Alexandrien hervortreten in einer Stelle[1], die wir schon oben berührt haben. So gequält auch in den Einzelheiten sein Vergleich ist zwischen dem biblischen Zusammentreffen Jesus mit dem Täufer und dem Act des römischen Mancipationstestaments, so geht doch schon selbst durch diesen Vergleich der beiden gemeinschaftliche Athemzug hindurch, daß es sich in jenem Zusammentreffen wie in der Handlung dieses Testaments um geistige Fortsetzung eines Individuums durch ein anderes, und zwar um eine gegenseitige Anerkennung ihrer in diesem geistigen Fortsetzungsverhältniß handelt. Wenn der Kirchenvater also das biblische Begegnen Jesus mit dem Täufer, weil dieser ihn als seinen größern und vorherverkündeten geistigen Fortsetzer, den er deshalb nicht taufen könne, für eine symbolische Darstellung desselben, was in dem römischen Testament *per aes et libram* geschehe, erklärt, so zeigt sich darin allerdings, wie sich der alte Kirchenvater ein weit tieferes Verständniß des römischen Mancipationstestaments gerettet hat, als alle Juristen miteinander.[2] Besonders aber zwei Punkte sind es, die

---

[1] Strom, V, c. 8, p. 574 ed. Syll.

[2] Und beiläufig: wenn Clemens das „historische" Zusammentreffen des Täufers mit Jesus (Matth. 3, 14), des letztern Verlangen, von ihm getauft zu werden, des Täufers Weigerung, weil er vielmehr nicht würdig sei, Jesus die Schuhriemen aufzulösen, für eine „symbolische Darstellung" (ἐκκαλύψας τὴν ἔννοιαν τῶν συμβόλων) dessen erklärt, „was bei den Römern in ihrem Testament geschieht", also für eine symbolische Darstellung der geistigen Fortsetzung, welche der Standpunkt Jesus zu dem Standpunkt des Täufers bildet, und der gegenseitigen Anerkennung als solche, — wie weit ist denn da der Kirchenvater noch von Bruno Bauer's Evangelienauffassung entfernt? Worin unterscheidet sich seine Auffassung hierbei von der Auffassung dieses Zusammentreffens bei Bruno Bauer, Kritik der Synoptiker, I, 240 fg., welcher dasselbe auf die ideale Wahrheit zurückführt: „Nachher, aus der Kraft ihres Selbstbewußtseins heraus, können und werden immer die Spätern die Mächte, die auf dem Schauplatz ihrer Thätigkeit galten, anerkennen und als ihre Vorläufer zu würdigen wissen." Aber dieses „ideale Zusammentreffen des Frühern und des Spätergekommenen in der Erinnerung und Anerkennung des Letztern genügt dem

bei seiner hierauf folgenden Darstellung dieses Testaments von Interesse sind.

Clemens sagt: symbolisch (ἐκκαλύψας τὴν ἔννοιαν τῶν συμβόλων) habe hier das bei den Römern in dem Testament Geschehende platzgegriffen (καί τὰ παρὰ Ρωμαίοις ἐπὶ τῶν διαθηκῶν γενόμενα τάξιν εἴληχε), und schildert letzteres als in folgende drei Momente zerfallend: „τὰ διὰ δικαιοσύνην ἐκεῖνα ζυγὰ καὶ ἀσσαρία, καρπισμοί τε, καὶ αἱ τῶν ὤτων ἐπιψαύσεις", „jene Wagen und Asse, der Gerechtigkeit halber, dann die Mancipationen, und die Berührungen (Einströmungen) der Ohren", und diese drei Momente erklärt er wieder so: „τὰ μὲν γὰρ, ἵνα δικαίως γίνηται· τὰ δε, εἰς τὸν τῆς τιμῆς μέρισμον· τὸ δ' ὅπως ὁ παρατυχὼν, ὡς βάρους τινος αὐτῷ ἐπιτιθεμένου, ἑστὼς ἀκούσῃ καὶ τάξιν μεσίτου λάβῃ", „das Erste nämlich (die Wage), damit es gerecht vor sich ginge; das Zweite (die Asse) zur Theilung der Ehre (die haben wir schon oben S. 96 betrachtet); das Dritte aber (die Einströmungen, Berührungen, Streifungen der Ohren), damit der Dabeistehende[1], wie indem eine gewisse Schwere (Last, Gewicht) auf ihn eindringe, stehend höre und die Rolle des Mittlers nehme".

Diese Einströmungen der Ohren, diese, wie Clemens nochmals hervorhebt, sinnliche Schwere, mit welcher das gesprochene Wort der feierlichen Formel des öffentlichen Rechts sich wuchtend auf das Ohr niederläßt und in es ergießt, — dies ist es, welches zu Stande bringt, was durch den Act zu Stande gebracht werden soll. Diese Productivkraft der Formel ist es, welche ihr wahres, stets übersehenes Wesen bildet. Nicht als Darlegung des Privatwillens, als Willenserklärung, kommt sie in Betracht. Dies ist nur nebenbei der Fall, indem ohne diese Einwilligung der Sprechende sie nicht sprechen würde. Aber dies ist nicht ihr Wesen; denn wo diese Privatwillenserklärung für sich allein hinreicht, da liegt nicht Formel, sondern formlose Willenserklärung vor, d. h. in jeder beliebigen Form kann der Privatwille erklären und erreichen, was er für sich allein zu erreichen vermag. Das Wesen der Formel liegt in jener ihr einwohnenden Productivkraft, durch ihre Verlautbarung das zu wirken und zu bewirken, was dem Consens der Privatwillen für sich allein zu bewirken unmöglich wäre, das, was nur aus dem Wesen dieses Volksgeistes folgt,

religiösen Bewußtsein der Gemeinde nicht", weshalb dieselbe in ihrem Pragmatismus diesen innern Zusammenhang in einen geschichtlichen Vorgang verkehren müsse.

[1] Die Interpretatoren beziehen diesen auf den Antestatus; vgl. über diesen Priscian, VIII, 4, p. 792 ed. Putsch.; Lachmann in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw., XI, 117; Böcking, Pand. d. röm. Privatr., I, 178.

im vorliegenden Fall die Identification zweier Willenssubjectivitäten. Wie in der Anrufung des Gottes durch den Priester in der Gemeinde der Gott lebendig wird und wirksam hervortritt, so tritt der durch die Verlautbarung der Formel angerufene öffentliche Geist dieses Volkes wirksam und producirend hervor und bringt zu Stande, was zu Stande gebracht werden soll.[1]

Wer sich also an der Formel nicht betheiligen kann, wer die auf den Erblasser kommende Hälfte nicht sprechen, die auf den Erben fallende Hälfte nicht hören kann, der kann, wie consensfähig er immer sei, diese Identificirung nicht hervorbringen, und darum können weder der Stumme noch der Taube[2] ein Testament machen.

---

[1] Diese Productivkraft der Formel ist, wie aus dem Obigen von selbst folgt, auch der alleinige und wahrhafte organische Grund alles altrömischen Formelwesens überhaupt, welcher auch noch von dem geistreichen Ihering in seiner interessanten Abhandlung über den römischen Formalismus (Geist des Röm. Rechts [Leipzig 1858], Thl. 2, Abth. 2, S. 496—695), nicht weniger als von seinen Vorgängern, gänzlich unbeachtet gelassen worden ist. Es muß dies bereits vollkommen durchsichtig sein und die Bedeutung ganzer Rechtsgebiete und Rechtseintheilungen von hier aus, als ihrem geistigen Centralpunkt, in volle Helle treten. Nur was das Individuum aus seinem bloßen Privatwillen, aus seiner allgemein-menschlichen, naturrechtlichen Willensfähigkeit hat, d. h. also nur alles, was es ex jure gentium hat, ist formlos, vom Formelcultus befreit; alles dagegen, was es nur aus dem Wesen dieses bestimmten Volksgeistes als seinem specifischen producirenden Factor hat, alles also, was es ex jure Quiritium hat, ist dem Formeldienst unterworfen — und so ist denn mit diesem einen Satze der eigentliche Sinn jener Eintheilung von jus gentium und jus proprium Romanum, sein inneres Verhältniß zur Eintheilung von jus naturale und civile, das Formelwesen altciviliſtischen Rechts, die Nothwendigkeit der Formeln bei den quiritarischen Erwerbsarten, der alte Proceßformularismus u. s. w., und die Geschichte dieses immer mehr verschwindenden alten Formalismus gegeben. — Die Wahrheit des Gesagten beweist sich aber, wenn noch ein Beweis nöthig wäre, auch in folgender Weise: Alles Formelwesen ist *jus*, jus in jenem strengen Sinne, in welchem es die römischen Juristen der voluntas (Privatwillen) entgegensetzen; das jus in diesem Sinne ist es aber, welches sie zugleich mit dem *jus publicum* identificiren (siehe die Bd. 1, S. 17, Note 1, angeg. St. u. Autoren), und so tritt denn schon hiernach das öffentliche Recht, der öffentliche Geist, als der in der ihm entflossenen Formel des Privatrechts wirkende und producirende Factor hervor.

[2] Ulpian, Fragm. XX, 13: „Mutus, surdus ... testamentum facere non possunt; mutus, quoniam *verba nuncupationis loqui non potest*, surdus quoniam *verba familiae emptoris exaudire non potest*." — Die Tiefe dieses von Ulpian angegebenen, durchaus nicht „formalistischen" Grundes, bei richtiger Auffassung desselben, liegt jetzt zu Tage, und es ist also durchaus irrig, wenn Gans (II, 552) die Worte Ulpian's als eine blos „äußere" Herleitung bezeichnet und den wahren Grund darin erblicken will, daß Taubheit und Stummheit „auf die Freiheit des Geistes Einfluß haben" und bei ihnen „die Vermuthung

So erklärt sich denn jetzt auch, warum Cicero (de Oratore, I, c. 57), als er dem Redner Anweisung gibt, wie er zu Gunsten des von seinem Vater übergangenen miles das Testament des ersteren umwerfen solle, sagt: „. . . vel si causam ageres militis, patrem ejus, ut soles, dicendo a mortuis excitasses, statuisses ante oculos, complexus esset filium, flensque eum centumviris commendasset, lapides mehercule omnes flere ac lamentari coegisset, ut, totum illud, uti *lingua nuncupassit* non in XII tabulis, quas tu omnibus bibliothecis anteponis, sed in magistri carmine scriptum videretur." Cicero läßt hier also den Redner gegen den Satz der zwölf Tafeln angehen: *„Qui nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, jus esto"* (s. Festus, v° Pec. nunc., Cicero de Offic., II, 16), während man, wie Dernburg, S. 103, Note 31, meint, zunächst erwarten sollte, daß er ihn würde gegen den bekannten andern Zwölftafelsatz: „uti legassit paterfamilias etc. jus esto", als die Grundlage des Testamentsrechts sich wenden lassen. Allein näher betrachtet, muß Cicero so verfahren. Der Satz uti legassit rüstet den Testator nur mit dem materiellen Testamentsrecht, mit der Befugniß aus, beliebig über sein Vermögen zu verfügen. Er kann so testiren. Die Kraft aber und Existenz des gemachten einzelnen Testaments beruht auf dem Vollbrachtsein jener Identification und somit auf der sie vollbringenden Formel, also schlechterdings auf dem uti lingua nuncupassit. Es verhält sich somit nicht so, wie Dernburg meint, daß aus dieser Aeußerung Cicero's „nicht undeutlich hervorzugehen scheine, daß es sehr gewöhnlich war, die Kraft eines Testaments aus dem Satze uti nuncupassit etc. abzuleiten". Sondern die Kraft des besondern Testaments, sein Dasein, kann stets und schlechterdings nur, und wir wissen jetzt warum, auf der die Identität bewirkenden Formel beruhen. Der Sinn Cicero's ist also: er läßt den Redner die Hörer so erschüttern, daß es ihnen vorkommt, als wäre dies Testament gar nicht gemacht worden; nicht aber, als hätte der Testator die Be-

einer Geistesschwäche, oder wenigstens die Vermuthung vorherrscht, daß derselbe (der Taube, resp. Stumme) seinen Willen nicht deutlich ausdrücken könne". Aber freilich war es unmöglich, die Worte Ulpian's richtig aufzufassen, solange man nicht wahrhaft begriff, warum und inwiefern das Testament juris publici sei, was sich wieder nur aus seiner Grundidee ergibt. — Zum Formalismus wird die Unfähigkeit erst, als das prätorische Testament auch das per aes et libram verdrängt hat und allein übrig geblieben ist. Jetzt ist diese Unfähigkeit um ihren Sinn gekommen, wird daher von Justinian nur bei vereinigter Stummheit und Taubheit aufrecht erhalten und von ihm so behandelt, daß es ersichtlich ist, wie er sie bereits in demselben misverständlichen Sinne, wie Gans, auffaßt; s. L. 10 C. qui test. fac. (6, 22).

fugniß nicht gehabt, so zu testiren. Gegen diese allgemeine Befugniß braucht der Redner nicht anzugehen, und kann dies, zumal zu jener Zeit, wo die eben erst in der Entwickelung begriffene querela inofficiosi testamenti noch ganz auf der subjectiven richterlichen Cognition beruht (s. d. Abhandlung von Zimmern in seinen und Neustetel's „Römisch-rechtliche Untersuchungen" [Heidelberg 1821], S. 48 fg.), auch gar nicht mit einer Aussicht auf Erfolg thun. — Durch die vorstehenden Bemerkungen ist aber — so sehr schlagen im Römischen Recht formales und materielles Recht von selbst ineinander um — zugleich die ganze Entstehung, Bedeutung und Entwickelung der querela inofficiosi testamenti klar geworden. Diese charakterisirt sich eben dadurch, daß nicht die Befugniß des Testators angegriffen, sondern wegen der Unbilligkeit dieses Willens factisch bezweifelt wird, daß das Testament Ausdruck eines wahrhaften Willens sei (L. 2 u. 5 de inoff. test., 5, 2: „...*quasi non sanae mentis* fuisse, quum testamentum inique ordinaret"). Das Gemachtsein eines wahren Testaments wird also in Abrede gestellt. Hierdurch erklärt sich, wie selbst in jener Zeit, wo bereits das Pflichttheil eingeführt ist und das Testament durch die Berücksichtigung desselben gegen die Inofficiositätsquerel geschützt wird, dennoch die bei Nichtberücksichtigung des Pflichttheils siegreiche Inofficiositätsklage nicht die Ergänzung und Verabreichung des Pflichttheils, sondern consequent das Nichtdasein eines wahrhaften Testaments und somit die — vielleicht zu Gunsten eines andern als des obsiegenden Klägers eintretende — Intestaterbfolge nach sich zieht (s. Ulpian, L. 6, §. 1 h. t.: „Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit [nemo enim eum repellit] et casu obtinuerit, *non ei prosit victoria*, sed his qui habent *ab intestato* successionem, nam *intestatum* patrem familias facit"). — Als Justinian dies abändert und verfügt (Inst., §. 3 de inoff. test. 2, 18. — L. 30, §. 2, L. 36 C. h. t., 3, 28), daß bei nicht vollständiger Hinterlassung des Pflichttheils blos dieses ergänzt, das Testament aber bestehen bleiben solle, so ist hierdurch — so nothwendig die Inofficiositätsquerel diese Entwickelung auch haben mußte — das testamentarische Erbrecht jetzt erst seinem Begriffe wahrhaft entfremdet und eine Schranke für die Befugniß des Testators und gegen das Recht des Erben (dessen, der auch Erbe bleibt) gezogen worden. Denn selbst die Einführung des Pflichttheils, solange dies noch nicht erzwingbar ist, sondern seine Verletzung nur das Testament umstößt — womit also auch der eingesetzte Erbe überhaupt fortfällt —, hat noch nicht die Bedeutung, die Befugniß der testirenden Willensfreiheit und die Fortsetzung seiner Totalität durch den Erben zu beschränken, sondern nur diese, durch die Verabreichung der legitima

den objectiven Beweis von der normal menschlichen Beschaffenheit des testirenden Willens, den Beweis gegen die Vermuthung „quasi non sanae mentis" und somit von dem Dasein eines wahrhaften Testaments zu geben. Indem jetzt aber auch der gültig eingesetzte Erbe, d. h. der als solcher bestehen bleibt, von dem Vermögen des von ihm fortgesetzten Testators gegen dessen Willen abgeben muß, ist jetzt der gesammte speculative Erbrechtsbegriff zu Grunde und, wie wir dies überall bei Justinian gesehen haben und weiter sehen werden, in menschliche Billigkeit untergegangen.

Wegen dieses blos factischen Zweifels, welchen die Inofficiositätsquerel darstellt, muß, wenn der Zweifel selbst wieder zweifelhaft wird, die Vermuthung zu Gunsten des Testaments ausschlagen, d. h. so erklärt es sich, daß wenn, wie leicht vorkommen kann, der Intestaterbe gegen den einen Testamentserben vor den centumviris obgesiegt hat, gegen den andern aber unterlegen ist, die Entscheidung zu Gunsten des Testaments die gegen dasselbe ergangene besiegt und auch nicht einmal eine theilweise Rescission des Testaments stattfindet (s. Marcellus, L. 10 de inoff. test. [5, 2]): „Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet, *humanius* erit, sequi ejus partis sententiam quae secundum testamentum spectavit." Das „humanius erit" wäre für unsere heutige Anschauung unbegreiflich, da es nach uns humaner gerade wäre, die Familie nicht zu enterben. Aber der Römer findet es, da die Querel nicht die Rechtsbefugniß des Todten, sondern seine Willensintegrität antastet, ganz consequent humaner, in diesem Falle des Zweifels dem Todten die Ehre der Annahme seiner Willensintegrität nicht zu versagen. — Daß auch nicht einmal eine theilweise Rescission des Testaments erfolgt, hat nicht etwa seinen Grund in der Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus etc. Denn einen Fall gibt es allerdings, wo diese theilweise Rescission des Testaments eintritt — dann nämlich, wenn es der filius familias war, der gegen den einen Testamentserben siegte und gegen den andern unterlag. Papinian, L. 15, §. 2 h. t.: „Filius qui inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare et hereditatem dividere; verum enim est, familiae erciscundae judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum; et ideo pars hereditatis in testamento remansit. *Nec absurdum* videtur, pro parte intestatum *videri*."

Bei dieser absoluten Nähe der Personen, bei dieser natürlichen

Identität, die den Testator mit dem filius verbindet, kann, wenn derselbe gegen den einen Erben einmal durchgedrungen ist, dieser Zweifel am testirenden Willen nicht mehr wie beim gewöhnlichen Intestaterben durch sein Unterliegen gegen den andern heres erschüttert werden. Ebenso große Kraft hat aber noch der Erbbegriff, und der einmal als gültig eingesetzt anerkannte Erbe kann gleichfalls von Keinem mehr überwunden werden. Hier platzen also die Gegensätze der natürlichen Identität und der abstracten Willensidentität in ihrer größten Kraft aufeinander, und da keiner weichen kann, bleibt nichts übrig, als sich zu theilen. In diesem Falle aber entsteht nun die Frage: Wie verträgt sich dies mit der Regel nemo pro parte? Die Erklärung, die Gans, II, 461, hiervon gibt — um anderer hier zu geschweigen —, ist nicht richtig. Denn wäre sie dies, so müßte sie nothwendigerweise dazu führen, dies auch auf die Querel jedes Intestaterben, nicht blos des filius, anzuwenden, während hier, wie wir eben aus Marcellus sahen, das Gegentheil stattfindet. Auch würde sie innerlich nur auf die Erkämpfung eines Pflichttheils durch den Intestaterben, nicht aber auf die Erstreitung des Erbrechts anwendbar sein. Allein hier kann diese Frage nur aufgeworfen und auf ihre bisherige Nichtlösung aufmerksam gemacht werden. Ihre wahrhafte, mit dem factischen Charakter der Querel völlig in Verbindung stehende Lösung kann und wird sie erst nach der Erörterung des Suitätsbegriffs empfangen.

Indem jetzt aber durch die angezogenen Verordnungen Justinian's auch der gültig eingesetzte Erbe, der als solcher bestehen bleibt, wenn nur irgendein Theil der legitima hinterlassen wurde, vom Vermögen des von ihm fortgesetzten Testators ohne dessen Willen abgeben muß, wird jetzt also der aufrechtbleibende Erbe vom Pflichttheilsberechtigten überwunden. Aber noch bis in diesen Verderb des Begriffs hinein setzt sich der factische Charakter der Inofficiositätsquerel und die obige Auffassung des Pflichttheils als eines Beweises von dem Dasein eines normalen Willens beim Testator deutlich fort. Denn nur wenn der Testator, indem er dem Pflichttheilsberechtigten gar nichts hinterließ, einen ganz unnatürlichen Willen bekundet hat, soll das alte Recht bestehen bleiben und die Inofficiositätsklage das Testament umstürzen; hat er dagegen dem Legitimar nur einiges hinterlassen und so doch einen Beweis von der Normalität seines Willens gegeben, so soll die Inofficiositätsklage ausgeschlossen und nur die actio ad supplementum legitimae zulässig sein (de inofficioso querela quiescente id quod iis deest etc. Inst., §. 3, h. t.; L. 30, §. 2.; L. 35, §. 2 C. h. t.).

XI. Fortsetzung der Bedingungen der testamentifactio. Der filius. Die Pubertät.

Daß der filius familias nicht testiren kann, da er noch gar keine selbständige Willenssubjectivität darstellt, diese sich vielmehr in der Gewalt eines Andern befindet, würde hier als selbstredend gar keine Erwähnung verdienen. Was dagegen Erwähnung verdient, ist, daß auch nicht einmal die Genehmigung des väterlichen Gewalthabers ihm diese Fähigkeit verleihen kann. (Gajus, L. 6 pr. h. t., 28, 1: „Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, *adeo ut* quamvis pater ei permittat, nihilomagis tamen jure testari possit.") Es spricht sich hier wieder auf das deutlichste aus, daß das Testament etwas ganz anderes als eine Vermögensverfügung ist. Zu Vermögenshandlungen kann der Vater den Sohn ermächtigen, z. B. zur Contrahirung von Anleihen trotz des SC. Macedonianum (vgl. Bd. 1, S. 277 fg.)[1], wie ja auch sein Wille und Recht allein hier in Betracht kommt.[2] Aber auch die väterliche Gewalt, so un-

[1] Oder zu Schenkungen, zu denen er ihn ebenso gut vorher ermächtigen kann, als, wenn sie ohne seinen Willen geschehen sind, sie nachträglich (vgl. dagegen die folgende Note) ratihabiren kann (s. Cicero, De legg., II, 20, p. 312 Mos.; Julian, L. 2 pr. und §. 1 de donat., 39, 5; Ulpian, L. 7 pr. und §. 1, 2 eod. tit.). Ja, auch zur Schenkung von Todeswegen — denn auch diese ist nur eine Vermögensverfügung — kann ihn der Vater ermächtigen, wie Ulpian (L. 7, §. 1 u. 5) ausdrücklich sagt (quamvis enim ex patris voluntate *mortis quoque causa donare possit*), und es tritt hier also der jeder Vermögensverfügung fremde idealistische Charakter des Testaments handgreiflich hervor.

[2] Noch deutlicher vielleicht tritt dieser Unterschied beim Erbschaftserwerb hervor. Der Vater kann den vom filius familias ohne seinen Willen vorgenommenen Erbschaftsantritt nicht nachträglich ratihabiren (L. 25, §. 4 de acqu. vel om. her., 29, 2); denn sich als Erbe constituiren, heißt die Identification der eigenen Willenssubjectivität mit einer fremden vornehmen. Der Erbe muß also vor allem ein eigener und unabhängiger subjectiver Wille sein. Der Vater kann also durch den ihn repräsentirenden Sohn die Adition der Erbschaft vornehmen, die dann ihm erworben wird. Aber dann muß sein Befehl vorausgehen (jussum ejus ... praecedere debet). Ist dies nicht geschehen, so vermag das Privatrecht des Vaters nicht ex post zu bewirken, daß der Sohn hatte, was er nicht hatte, eine selbständige Willenssubjectivität. Die Identification der Willen, d. h. die Adition, ist also gar nicht eingetreten, und es ist, als wenn nichts geschehen wäre. — Umgekehrt kann bei der bonorum possessio, weil diese eben keine solche Identification von zwei subjectiven Willen, sondern einen bloßen Vermögenserwerb darstellt, die ohne Wissen des Vaters oder Herrn vorgenommene Aquition allerdings nachträglich ratihabirt werden (L. 6, §. 1 eod. tit.: „Sed in bonorum possessione placuit, ratam haberi posse eam, quam citra volun-

beschränkt sie ist, hat ihre Grenzen an der Logik. Testiren ist der absoluteste Act des menschlichen Willens, denn es heißt im römischen Sinne eben nicht über besondere Vermögensgegenstände verfügen, wozu ihn der Vater autorisiren könnte, sondern einen Andern, den Erben, zum Repräsentanten der eigenen allgemeinen Willenssubjectivität machen. Der Sohn ist aber eben dies, noch keine selbständige Willenssubjectivität zu sein. Der Vater kann ihm dieselbe geben — so entläßt er ihn aus der väterlichen Gewalt. Was er aber nicht kann, ist ihm dieselbe zugleich geben und zugleich vorenthalten, und dieser Widerspruch würde also vorliegen, wenn er ihn ohne Emancipation zum Testiren ermächtigen wollte.

Wie aber der Sohn keine Willenssubjectivität hat, weil sich dieselbe in der Gewalt des Vaters, so hat der Verschwender keine, weil sich dieselbe in der Gewalt der sinnlichen Gegenständlichkeit befindet und also ebenso wenig ein selbständiges, geschlossenes Ich darstellt. Der Verschwender muß deshalb unfähig sein, und es ist daher gerade sehr speculativ, ihn als einen solchen hinzustellen, der thatsächlich gleichsam „seines Geistes nicht mächtig" (mentis suae non compos) wäre.[1]

Daß der impubes testamentsunfähig ist, „quoniam nondum plenum judicium animi habet"[2], scheint ganz selbstredend zu sein. Aber

---

tatem agnovit is, qui potestati subjectus est." Ulpian, L. 3, §. 7 de bon. poss., 37, 1). Die Schulden der Erbschaft werden aber bei der bonorum possessio wie bei der hereditas übernommen, und es zeigt sich daher, daß die ständige Angabe der Autoren, Kind oder Sklave könnten nur deshalb nicht ohne Wissen des Gewalthabers eine Erbschaft antreten, weil sie ihn nicht ohne seinen Willen mit Schulden belasten können, falsch ist.

[1] L. 12, §. 2 de tut. et cur. (26, 5). Mit Unrecht also nennt Gans, II, 155, diese Auffassung des prodigus, als eines partiell Wahnsinnigen, einen „äußern" Grund, der wie immer im Römischen Recht für das an und für sich Wahre noch dazu gefunden werden müsse, welches Wahre er in der Sorgfalt des Staats erblicken will, daß „der Wohlstand und das Glück der Familien nicht durch Verschwendung untergraben werde". Diese äußere Sorgfalt für den Wohlstand der Familie kann nicht der Grund der Testirunfähigkeit des prodigus in Rom sein, d. h. in einem Staate, wo nicht nur das unbedingteste Enterbungsrecht gegen die Familie gesetzlich bestand, sondern auch überaus häufig ganz grundlos von diesem Rechte Gebrauch gemacht wird. (Es reicht hin, das Zeugniß der Institutionen anzuführen: Quia *plerumque* parentes *sine causa* liberos suos vel exheredant vel omittunt etc. Inst. pr. de inoff. test., 2, 18.) Die Testamentsunfähigkeit des prodigus hat daher ihren innern Grund in dem Obigen, und dieser hat seinen äußern Ausdruck darin, daß dem prodigus sogar das commercium abgeht, was wieder nur ein Ausfluß der ihm gänzlich fehlenden Willenssubjectivität ist; s. Ulpian, Fr. XX, §. 13.

[2] Ulpian, Fr. XX, §. 12; vgl. Gajus, Comm., II, §. 113; Paulus, III, 4, A, §. 1.

dies scheinbare Licht verwandelt sich sofort in völlige Dunkelheit, wenn nun auf das Wesen der Pubertät eingegangen und weiter gefragt wird, warum denn die geistige Reife an das Alter der physischen Zeugungsfähigkeit geknüpft und diese zur Bedingung der Testirfähigkeit — und aller Handlungsfähigkeit überhaupt — gemacht wird. Man hat sich bisher begnügt, die Thatsache zu constatiren, daß „das Römische Recht, soweit historische Nachrichten aufwärts reichen, annimmt, mit der Geschlechtsreife sei zugleich auch der volle Vernunftgebrauch wirklich vorhanden“ [1], ohne die innere Quelle dieser Anschauung aufzusuchen [2], und auffällig fast ist es, daß selbst Denen, die sich besonders mit dem Einfluß der griechischen Philosophie auf das Römische Recht beschäftigt haben, der hier so deutlich vorliegende Zusammenhang entgangen ist. Der Vater dieser geistigen Anschauung ist nämlich kein Anderer als Herakleitos, der Dunkle von Ephesus, welcher auch das Alter der Geschlechtsreife auf vierzehn Jahre fixirte, und bei welchem dieser Gedanke der mit der Zeugungsfähigkeit gegebenen geistigen Reife nichts anderes als die nothwendige und von ihm selbst gezogene und weiter entwickelte Consequenz seines systematischen Grundgedankens war. Wir haben über den geistigen Inhalt dieser physisch-ethischen Anschauung Heraklit's anderwärts ausführlich gehandelt [3] und können hier nur darauf hinverweisen. Hier muß es genügen, an das Resultat der dortigen Entwickelung kurz zu erinnern. Alle Vollendung bestand dem Epheser, wie wir daselbst sagten, „nur in der Thätigkeit des Sichselbsthervorbringens“, in der Thätigkeit eines Jeden, sich zu dem „zu machen, was es an sich schon ist“ — diesem wahren Inhalt des heraklitischen Bewegungsprincips. Dies Princip durch das gesammte natürliche und geistige

[1] Savigny, System, III, 24 u. 54—68; Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts (Bonn 1853), I, 152.

[2] Dagegen wirft Savigny, a. a. O., S. 68, die andere Frage auf: „Wie kam man überhaupt auf das Alter von vierzehn Jahren als Zeitpunkt der Pubertät? Dieses könnte zusammenhängen mit der alten Lehre griechischer Philosophen von der Wichtigkeit der Zahl Sieben, sodaß die Jahre der Impubertät genau den doppelten Zeitraum der Kindheit ausfüllen sollten.“ Allein Savigny selbst verwirft diese auf pythagoräische Philosopheme zurückgehende Vermuthung als unhaltbar. Durch die im Texte folgende Auflösung erklärt sich auch die Fixirung auf vierzehn Jahre zugleich mit dem geistigen Gehalt und Ursprung der Verknüpfung von Geschlechts- und Verstandesreife von selbst.

[3] S. unsere „Philosophie Herakleitos des Dunklen von Ephesos“ (Berlin 1858), II, 123—125 u. 429 fg.; vgl. S. 192 fg., woselbst auch die Beweisstellen zu dem Obigen. — Es mag hier noch beiläufig bemerkt werden, daß auch die Zahl der dreißigjährigen heraklitischen γενεα (s. das.) den Römern nicht fremd ist; s. Varro ap. Censorinum de die nat., c. 14 und Servius ad Virgil. Aen., IV, 653.

Universum hindurchführend, kam, wie wir dort zeigten, Herakleitos nothwendig zu der Consequenz, wie die Vollendung der Pflanze, so auch die Vollendung des Menschen, die geistige Reife — die „Einsicht des Guten und Bösen und der Belehrung darüber“[1] — an die erlangte Fähigkeit zu knüpfen, „sich auch selbst fortzeugend wieder hervorbringen zu können“, und sie daher mit dem vollendeten vierzehnten Jahre als dem von ihm angenommenen Zeitpunkt der Samenabsonderung eintreten zu lassen. Die Entstehung und der ursprüngliche Gedanke der Verknüpfung von physischer Zeugungsfähigkeit und Vernunftreife ist also, ebenso wie der Urheber der vierzehn Jahre, in unzweifelhafter Weise nachgewiesen.

Wie dieser Gedanke, daß der Mensch dann vollendet, seinem Begriff entsprechend, oder, wie die heutige Philosophie etwa sagen würde, zu seinem wahrhaften Fürsichsein gelangt sei, wenn er zu der Fähigkeit der Selbstverwirklichung gekommen ist, sich selbst als das zu setzen, was er an sich ist, wenn also das Erzeugte (das Kind) sich selbst wieder als einen Erzeugenden darstellen und hervorbringen kann, — wie diese Anschauung durchaus geeignet dazu war, auch da, wo sie um jeden Zusammenhang mit ihrer systematischen Gedankengrundlage und somit um jedes innere Verständniß gekommen, dennoch die weiteste Verbreitung und den leichtesten Eingang bei den antiken Völkern zu finden, ist aus dem objectiven Geiste dieser Völker[2] von selbst klar. Entsprach er doch völlig der Gesinnung der Völker, welche in dem Leben für den Staat und darum in der Fortzeugung des Geschlechts die sittliche Bestimmung des Individuums sieht; stellt er doch selbst nur das gedankenmäßige Bewußtsein über die dunkle Vorstellung dar, welche schon im orientalischen Alterthum in der Ehe- und Kinderlosigkeit eine Schande — eben die Schande, dem eigenen Begriffe nicht zu entsprechen — erblickt.

Wenn daher einleuchtet, wie sich dieser Gedanke seine Aufnahme auch im Rechte erobern und als Norm menschlicher Vollendung auch zur Norm der juristischen Handlungsfähigkeit im allgemeinen werden konnte,

---

[1] Wie Plut. Plac., V, 24, von ihm und den ihm in dieser wie in jeder Hinsicht folgenden Stoikern berichtet; siehe a. a. O.

[2] Sehr gut stellt Böcking, Pandekten, I, 152, unter Beziehung auf Grimm's Deutsche Rechtsalterthümer, S. 447, der römischen Pubertät die deutsche „Mündigkeit“ entgegen, welche „die Reife des Willens, vermöge welcher die Person sich selbst zu schützen vermag, ausdrückt“. Wie deutlich tritt hier wieder die Geistesrichtung der germanischen Welt auf das Besondere der Person, in ihrem Verhältniß zu andern besondern Persönlichkeiten, im Gegensatz zu der objectiven Gesinnung der Alten hervor.

und mit welcher echten und strengen Gedankenconsequenz die Sabinianer, mit der normativen Bestimmung der vierzehn Jahre sich nicht begnügend, die individuelle Untersuchung der geschlechtlichen Reife des pubes forderten, so ist die noch ganz besonders angemessene Beziehung, in welcher dieser Gedanke zur römischen Testamentsfähigkeit steht, nicht weniger klar. Was in der Erbeinsetzung vor sich geht, ist, nach unserer Entwickelung, ganz dasselbe was in der Zeugung. Die Hervorbringung des eigenen Ich ist es, die in beiden geschieht, dort die geistig-willkürliche, hier die natürliche. Nichts consequenter daher, als daß die Erlangung der realen Fähigkeit, das eigene Ich hervorbringen zu können, auch als Bedingung für seine willkürliche Hervorbringung auftritt.

XII. Fortsetzung der Bedingungen der testamentifactio. Das Wissen.

Allein wenn die Erbernennung die geistige Hervorbringung des eigenen Ich ist, so hat sie noch eine andere Bedingung, denn wie alles Geistige muß sie dann ihre Wurzel im Wissen haben.

Wenn man daher hier nachliest, was wir oben in der Abhandlung über die factische und Rechtsunwissenheit, über das Wissen des *jus suum* als der einfachen Innerlichkeit des Individuums auseinandergesetzt haben (s. Bd. 1, S. 94 fg., und S. 97, Note 1), so wird die unbedingte Nothwendigkeit evident sein, weshalb jeder Irrthum und jedes Zweifeln über das *jus suum* alle Testirfähigkeit aufheben muß. Denn diese einfache Innerlichkeit ist es ja eben, welche durch die Ernennung des Erben fortgesetzt werden soll, ohne die Gewißheit über das jus suum aber gar nicht da, sondern in Bewußtlosigkeit zerflossen ist. Denn: Innerlichkeit oder Subjectivität heißt nicht Sein, sondern Fürsichsein, Wissen seiner selbst. Ohne dies Sichselbstwissen ist also diese Spitze der Subjectivität, die in sich reflectirte Innerlichkeit, gar nicht vorhanden, welche gerade auf den Erben durch seine Einsetzung übertragen werden soll. Und da das Wissen ebenso ausgeschlossen wird von der Ungewißheit, wie von der objectiven Unwahrheit, so muß hier der Zweifel ganz ebenso wirken, wie der Irrthum.

Paulus, L. 14 qui test. fac. (28, 1): „Qui in testamento domini manumissus est, si *ignorat* dominum decessisse, aditamque ejus esse hereditatem, testamentum facere non potest, *licet jam paterfamilias et sui juris est;* nam qui *incertus de statu*

suo est, certam legem testamento dicere non potest." Ulpian, Fr. XX, §. 11: „Qui de *statu suo incertus* est, fac ita, quod pater peregre mortuo, ignorat, se sui juris esse, testamentum facere non potest."

Ulpian, L. 15 D. h. t.: „De statu suo *dubitantes vel errantes* testamentum facere non possunt etc."

Wenn irgendetwas, so zeigt wiederum dieser Unfähigkeitsgrund, der nach der bisherigen Auffassung des Erbrechts eigentlich schlechthin unerklärlich bleiben mußte, auf das deutlichste, wie weit entfernt das römische Testament davon ist, seinem Begriffe nach eine Verfügung über das Vermögen zu sein. Denn zu gültigen Vermögenshandlungen ist das Individuum durch den Mangel dieser innern Gewißheit seiner selbst durchaus nicht unfähig[1], und Paulus hebt deshalb mit Recht scharf hervor, daß auch der Unwissende dennoch bereits durch das objective Factum sui juri ist. Aber eben weil die Erbeinsetzung keine Vermögensverfügung, sondern die Fortsetzung der eigenen Willenssubjectivität ist, welche ohne diese Spitze des individuellen Fürsichseins gar nicht vorhanden ist, kann sie ohne dieses innere Wissen von sich selbst, weil nicht vorhanden, auch nicht übertragen werden, oder, wie dies Paulus charakteristisch ausdrückt, eine „certa lex" dem Testament nicht geben.

XIII. Unzulässigkeit der ungewissen Erbeinsetzung. Die captatorische Einsetzung. Die bedingte Einsetzung. Die objective und die Willensbedingung.

Da es aber die eigene Willenssubjectivität des Testators ist, welche im Erben sich selbst fortsetzt, so erfordert gerade die Unbeschränktheit des Willens die Beschränkung, daß der Testator die Erbeinsetzung nicht von einem fremden Willen abhängig machen kann, daß er also, ebenso wenig, wie er — was eigentlich erst zur Betrachtung der Erbfähigkeit gehört — denjenigen zum Erben einsetzen kann, den ein Dritter wollen wird, einen bestimmten Erben unter der Bedingung einsetzen kann, daß ihn ein Dritter wollen wird. Denn durch diesen

---

[1] So wenig unfähig, daß der Irrthum darin sogar, wie der Rechtsirrthum, in der Regel schädlich ist, das Individuum also an seine Handlung gebunden bleibt; s. L. 3 pr. de ign. jur. et facti (22, 6); L. 2, §. 7 de jure fisci (49, 14); vgl. Bd. 1, S. 94—100.

dritten Willen wäre die geschlossene Identität zwischen Erblasser und Erben nach beiden Seiten zerstört; die Fortsetzung des subjectiven Willens des Erblassers wäre jemand übertragen, der nicht der Erbe ist, und der Erbe wäre der Träger eines andern als des erblasserischen Willens. Der erblasserische Wille würde sich so setzen und verleugnen zugleich.

Gajus[1]: „Illa institutio: *Quos Titius voluerit* ideo vitiosa est, quod *alieno arbitrio permissa est*, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa *per se firma* esse opertere, non ex alieno arbitrio pendere."

Pomponius[2]: „Atquin si quis ita scripserit: *si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio."

Hieraus leitet sich von selbst auch die Ungültigkeit der captatorischen Einsetzungen ab. Ungültig ist jede Einsetzung, die an die Bedingung geknüpft ist, daß der eingesetzte Erbe wiederum den Erblasser selbst, oder auch einen Dritten zum Erben einsetze.[3] Es ist von Interesse, sich ganz klar zu machen, warum dies unzulässig ist, während doch die bedingte Erbeinsetzung überhaupt gültig ist, die Bedingung sogar auch in eine reine Willenshandlung des Erben gesetzt werden kann, und dies also, da ja auch die von diesem seinerseits vorgenommene Institution eine Willenshandlung desselben ist, eine Inconsequenz zu sein scheinen könnte. Ja, schon dies, daß die Erbeinsetzung an eine Bedingung überhaupt geknüpft werden kann, kann unserer Auffassung des Erben, den subjectiven Willen des Erblassers selbst darzustellen und fortzusetzen, zu widersprechen scheinen, da doch auch hierin eine Abhängigmachung des Erben von Fremden einerseits, eine Selbstverleugnung des testirenden Willens andererseits zu liegen, und also die reine Willensidentität zwischen ihm und dem Erblasser aufgehoben zu sein scheinen kann. Bei Festhaltung dieses Begriffs müßte zunächst nur die unbedingte Erbeinsetzung zulässig erscheinen, und es wäre daher zuerst zu zeigen, warum dies nicht der Fall ist, worauf sich die vorerwähnten Punkte von selbst rechtfertigen werden.

Der Wille ist zwar die freie und von der Außenwelt unabhängige, ihr selbst entgegentretende Innerlichkeit des Subjects. Aber er ist, wie wir dies bereits oben bei Beginn unserer Entwickelung hervorgehoben haben (S. 18, 21 fg.), stets auf die Außenwelt bezogen. Der Wille ist die auf die Außenwelt als seinen Gegenstand gerichtete Thätigkeit des menschlichen Innern. Als Gegenstand des Willens ist die Außenwelt seine Voraussetzung. Der Wille hat also an der

[1] L. 32 de her. inst. (28, 5).
[2] L. 68 eod. tit.
[3] Papinian, L. 70 de her. inst. (28, 5); Paulus, L. 71 eod. tit.

äußern Wirklichkeit seine Voraussetzung. Wenn er aber in ihr seine Voraussetzung hat, so ist er somit verschieden, je nachdem die äußere Wirklichkeit diese oder jene ist. Er ist deshalb noch nicht unfrei oder abhängig, denn er kann sich ebenso gut negativ als übereinstimmend gegen diese seine Voraussetzung, die Wirklichkeit, verhalten, d. h. er ist nicht von ihr bestimmt, sondern bleibt freie Innerlichkeit. Da er aber in der äußern Wirklichkeit seine Voraussetzung hat und daher verschieden ist, je nachdem diese äußere Wirklichkeit diese oder jene ist, so ist er von ihr bedingt. Es liegt also wesentlich in der Natur des Willens, von der äußern Wirklichkeit bedingt zu sein.

Es ist also, wegen dieses im Begriff des Willens selbst gelegenen Verhältnisses zur Außenwelt als seiner Voraussetzung, kein Widerspruch mit dem Wesen des Willens, wenn derselbe ein anderer ist und sich einen andern Fortsetzer gibt, je nachdem diese oder jene äußere Wirklichkeit eingetreten sein wird.[1]

Rechtfertigt sich hierdurch die durch das Eintreten äußerer Thatsachen bedingte Erbeinsetzung, so verhält es sich nicht anders, wenn die Bedingung in die Willenshandlung eines Dritten gesetzt wird, wenn also z. B. testirt wird: Titius sei Erbe, wenn Mävius auf das Capitol gegangen sein wird, während, wie wir früher sahen, die Bedingung: wenn Mävius wollen wird, das Testament ungültig machen würde. Denn darauf, daß die Capitolbesteigung vom Willen des Mävius abhängt, fällt der Reflex nicht, wie die Bedingung ja auch erfüllt sein würde, wenn es gelungen wäre, den Mävius gegen seinen Willen zu veranlassen, das Capitol zu besteigen. Für das Subject bleibt auch die Handlung eines Dritten bloße äußere Thatsache, schlechthin Außenwelt als solche, und ob diese Thatsache durch Willensvermittelung oder irgendwelche andere entstanden ist, ist um so gleichgültiger, als alle äußere Wirklichkeit selbst wiederum das Product der mannichfachsten und nicht übersehbaren Vermittelungen ist.

Wird aber endlich die Bedingung der Erbeinsetzung in eine vom Willen des Erben selbst abhängige Handlung gesetzt, so liegt auf der Hand, daß dies optimo jure zulässig sein muß. Denn der Erblasser läßt dann den Erben nach seinem, des Erblassers, Willen handeln, was den wahren Begriff des Erbverhältnisses bildet, und bewährt so die zwischen ihm und dem Erben stattfindende Willensidentität. Es ist hier also blos als Bedingung gesetzt und zu einzelnen Folgerungen getrieben, was ohnehin die Substanz des Erbverhältnisses bildet, wie z. B. die Bedingung der Erbschaftsantretung stets stillschweigend vorliegen würde.

---

[1] Inst., §. 9, 10 de her. inst. (2, 14).

Ganz anders bei der captatorischen Einsetzung. Auch diese ist zunächst eine bedingte, und die Bedingung ist in eine Willenshandlung des Erben gesetzt. Indem aber jede Erbeinsetzung nichts anderes als die Uebertragung und Fortpflanzung der eigenen unendlichen Willenssubjectivität ist, würde der Erblasser, der hierin seinem Erben eine Vorschrift machen wollte, demselben nichts Geringeres als überhaupt seine allgemeine Willenssubjectivität rauben. Der Erblasser würde also bei dieser Bedingung nicht den Willen des Erben als einen mit ihm identischen und in diesem fortexistirenden Willen seinen eigenen Erhalter und Träger setzen, welche Identität er deshalb durch einzelne Willenshandlungen, die er ihm aufgibt, bewähren kann, sondern er würde in den ungeheuren Widerspruch verfallen, eben diese Fortexistenz der allgemeinen Willenssubjectivität, die ihn selber fortsetzen soll, selbst aufzuheben. Diese Bedingung wäre also nicht nur eine nichtige, non scripta, sondern diese Erbeinsetzung muß, als eine sich selbst zerstörende, eine ungültige sein. Da es nichts anderes als die metaphysische Willensunendlichkeit selbst ist, die sich in der Ernennung des Erben Dasein gibt, so würde jedes Binden und jeder Eingriff hierin, statt eine Identität zwischen beiden Willen zu setzen, dem Erben diese Willensunendlichkeit gerade entziehen[1] und ihm das vernichten, was das innerste Wesen des Willens ausmacht, und ihn somit auch unfähig machen, die Fortsetzung des erblasserischen Willens zu sein. Ganz vortrefflich definirt daher Papinian, a. a. O., captatorische Einsetzungen seien solche „quarum conditio confertur *ad secretum* alienae voluntatis". Es ist ein Eingriff in das innerste Willensheiligthum, der hierin vorgeht, und Papinian übersieht nur, daß, ohne den speculativen Erbrechtsbegriff und die aus demselben im Vorstehenden entwickelte Unterscheidung, seine Worte sich auch auf jede andere zur Bedingung gemachte Willenshandlung würden anwenden lassen.

Aus dem angeführten Grunde muß es auch gleichgültig sein, ob der Erblasser dem Erben zur Bedingung macht, ihn selbst oder einen andern Dritten einzusetzen. Denn nicht, daß der Erblasser sich selbst einen Vortheil zuwenden will, macht die Bedingung unerlaubt, sondern jener negirende Eingriff in das Wesen des Willens macht sie unmöglich. Dieser ist aber ebenso vorhanden, wenn ein Dritter der vorgeschriebene Erbe ist, und darum erklärt Paulus, a. a. O., dies für gleich unmöglich: „... veluti si ita scripserit: *Titius*, *si Maevium tabulis restamenti sui*

[1] Daher auch der römische Haß gegen die Erbverträge, die im germanischen Recht sich solcher Gunst erfreuen. Sie stellen dem Römer eine solche Veräußerung der unveräußerlichen Willensfreiheit dar; nicht eine Verpflichtung des Willens, sondern ein Aufgeben seines Wesens.

heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto; quod in sententiam Senatusconsulti incidere *non est dubium.*"

Sind dagegen die Erbeinsetzungen zwar gegenseitig, aber auf gegenseitiger Freiwilligkeit beruhend, ohne daß die eine die Bedingung der andern ist, so findet jener Eingriff nicht statt, und folglich sind die Institutionen gültig: Papinian, a. a. O.: „Captatorias institutiones *non eas* Senatus improbavit, quae *mutuis affectionibus* judicia provocaverunt."

Es kann aber auch die eine Erbeinsetzung offen als Grund der andern auftreten, nur nicht als Bedingung. Denn tritt das Testament des einen als Grund auf für das Testament des andern Erblassers, so ist dies nur eine Vermittelung für den freien Willen des letztern, und der Wille ist eben dies, sich aus tausend beliebigen Thatsachen zu vermitteln, und seine Freiheit besteht eben darin, daß ihm hierin nichts vorgeschrieben werde, während es, als Bedingung gesetzt, gerade die Willensfreiheit des ersten Erblassers aufheben würde. Wird aber eine Erbeinsetzung als Grund gesetzt für die andere, so muß die erstere schon vorher geschehen sein, während sie, wo sie als Bedingung auftritt, in die Zukunft verlegt wird. Vortrefflich genug sagt also Paulus, a. a. O., diesen Unterschied von Grund und Bedingung in dem aus ihm hervorfließenden Unterschied der Zeiten hervortreten lassend: „Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituit: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius heres esto*, quia in *praeteritum*, non in *futurum* institutio collata est."

XIV. Das Legat.

Es ist endlich, um den von uns entwickelten Begriff des römischen Erbthums zur unwiderleglichsten Evidenz zu bringen, nur noch erforderlich, einen Blick auf das, was mit diesem Erbthum auf das innigste verknüpft, aber als sein absolutes Gegentheil mit ihm verknüpft ist, auf das Legat, zu werfen. Wir haben zwar schon hin und wieder den Begriff des Legats vorweggenommen, weil es gar nicht möglich ist, den reinen Begriff dieses Erbthums zum Vorschein zu bringen ohne die Antithese mit diesem seinen Gegenpol. Ebendarum wird sich aber erst in der Dogmatik des Legats, in der Stellung, die der Erbe zu ihm einnimmt, und in den hieraus hervorfließenden erbrechtlichen Bestimmungen, durch die blendende Helle dieses Unterschieds, der Begriff beider zur absoluten Gewißheit bringen.

Das Legat ist eine Vermögensverfügung. Das Legat ist also im jus civile in Wahrheit das, was man trotz allem, was man bisher von der Personenidentität im Erbrecht und deshalb hin und wieder auch von einem gewissen metaphysischen Charakter im Erbrecht gesprochen hat, bisher für den Begriff der Erbschaft gehalten oder doch mit diesem als ein integrirendes Moment desselben durcheinandergeworfen hat. Das Legat ist, um dies etwa in eine kurze Antithese zusammenzudrängen, reines Vermögensvermächtniß, das Erbthum reines Willensvermächtniß.

Wir haben bereits S. 52 fg. gezeigt, warum die Legate hinfällig werden müssen, wenn der eingesetzte Erbe nicht antritt. Die Willensherrschaft des Eigenthümers über seine Vermögensgegenstände kann nur wirken, solange sein Wille selbst währt, kann also nach seinem Tode nur wirken, wenn sein Wille dennoch — im Erben — als daseiend und fortdauernd gesetzt ist[1], was eben nach uns die wahre und ganze Bedeutung des römischen Erben ist. Auf das entscheidendste ist dies ersichtlich bei dem Vindicationslegat, welches ja in keiner Weise mit dem Erben zusammenhängt und keine persönliche Schuld desselben bildet. Wenn gleichwol auch dieses Legat ohne die Antretung des Erben hinfällig wird, so zeigt sich hier auf das deutlichste, wie jede auch mit dem Erben selbst nicht verbundene Willensbestimmung des Testators eben nur durch die im Erben gegebene Fortexistenz seines Willens Kraft hat. Es ist derselbe Grund, weshalb auch formell vor der Erbeinsetzung kein Legat im Testamente hinterlassen werden kann; denn, wie Ulpian sehr durchsichtig in dem von ihm angegebenen Grunde hervortreten läßt, die ganze Kraft des Testaments beruht auf dem fortdauernden Dasein des Willens im Erben: *Ante* heredis institutionem legari non potest; quoniam *et potestas testamenti*, ab *heredis institutione incipit.*"[2]

Auf das schärfste tritt dies nun auch consequent weiter darin hervor, daß, ebenso wie nur, wenn das Dasein des erblasserischen Willens im Erben als fortdauernd gegeben ist, legirt werden kann, auch nur solange dieses Dasein fortdauert, legirt werden kann. Es ist also specu-

[1] Ist die Willensherrschaft, welche die Sache zum Eigenthum macht, erloschen, ohne daß vorher der Gegenstand in das Eigenthum eines Andern übergegangen ist, so würde das Eigenthum aufhören, Eigenthum (individuelles) zu sein, und die Sache wieder zur bloßen Gegenständlichkeit geworden sein. Von hier aus ist daher die abstracte, aber strenge Consequenz erst begreiflich, vermöge welcher vor der lex Julia (s. Ulpian, Fr. XXVIII, 7) das auch im prätorischen Sinne erblose Vermögen herrenlos und Sache des primus occupans wurde, wie Savigny aus der Stelle des Cicero, De legibus, II, 19—21, entscheidend nachgewiesen hat. (In der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, II, 378.)

[2] Ulpian, Fr. XXIV, §. 15.

lativ ganz nothwendig, was Ulpian (das. §. 16) weiter sagt: „*Post mortem* heredis legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur; quod *juris civilis ratio* non patitur." Warum duldet es die ratio des jus civile nicht, daß von dem Erben des Erben legirt werde? Sicher, wäre die Erbschaft eine Vermögensübertragung, so würde dieser Verfügung, daß erst nach dem Tode des Erben ein Legat ausgezahlt werden solle, ja sogar, daß dies ausdrücklich von dem Erben des Erben geschehe, ebenso wenig etwas entgegenstehen, wie im Deutschen Rechte, wo dies sogar zur Grundlage ganzer Institute, wie z. B. der Familienfideicommisse, wird. Aber weil die Erbschaft eine Willensübertragung ist, so kann sie sich nur auf den Erben selbst erstrecken, mit welchem die Identität wie eine Gleichung geschlossen ist. Des Erben Erbe steht außerhalb dieser Gleichung, und kann nicht mehr von dem ersten Erblasser den Willen desselben empfangen. Wenn aber nicht auf die Zeit nach dem Tode des Erben, so kann doch auf die Zeit seines Todes legirt werden, Ulpian, a. a. O.: „In *mortis* autem heredis tempus legari potest, velut: cum heres moriatur." Denn diese Zeit des Todes, welche nicht die Zeit nach dem Tode sein soll, ist der ideelle Zeitmoment, wo der Erbe als sterbend, aber darum auch noch als daseiend gedacht wird. Und so lange nur irgend der erblasserische Wille durch das Dasein des Erben als fortexistent gesetzt ist, kann er wirken.

XV. Das Vindicationslegat. Seine Wirkung, quiritarisches Eigenthum zu bilden. Der Testator ein Gesetzgeber. Die Sabinianer und Proculejaner. Der Todte stärker als der Lebende. Das bedingte Vindicationslegat. Die Controverse der beiden Schulen und ihr Ergebniß. Die quiritarische Sache und die Quantität. Die Accrescenz.

Aus dem Gegensatze, welchen das Legat zum Erbthum bildet, entwickelt sich nun die erste Erscheinungsform des Legats sofort von selbst.

Der Erbe ist der Continuator und Träger der allgemeinen Willenssubjectivität des Erblassers. Alles, was sich also im Augenblick des Todes im Eigenthum des Erblassers vorfindet, ist nothwendig von selbst dieser Willensherrschaft unterworfen, gehört somit, wenn auch nur folgeweise, dem Erben mit demselben Recht, mit dem es bisher Eigenthum des Erblassers war. Soll also dennoch eine Vermögenszuwendung an

andere Personen eintreten, so kann dies zunächst nur dadurch geschehen, daß ein oder mehrere individuell bestimmte Gegenstände von der Hinterlassenschaftsmasse ausgeschieden und unmittelbar als das Eigenthum einer dritten Person (des Legatars) gesetzt werden. Dies geschieht durch das sogenannte legatum *per vindicationem.*[1] Dies Legat vollbringt sich daher durch den Willensstoß: do lego.[2] So lautet die Formel, insofern auf die Ausstoßung des Gegenstandes aus der Hinterlassenschaftsmasse Rücksicht genommen wird. Da aber auch dabei auf den Gegensatz im Verhältniß des Erben und des Legatars zum Erblasser Rücksicht genommen werden kann, kann die Formel auch lauten, sumito, sibi habeto, capito.[3] Es tritt nämlich hierbei schon in der Formel auf das deutlichste, und ganz unserer Entwickelung entsprechend, der Gegensatz im Wesen des Erben und des Legatars hervor. Der Erbe soll etwas sein, der Legatar etwas haben, und darum heißt es von jenem: *heres esto*, vom Legatar: *sumito*, *capito*, *sibi habeto*.

Ausgeschieden aber aus der Willensherrschaft des Erblassers ist die Sache nur dann, wenn sie Eigenthum eines Andern geworden ist. Darum wird durch dies Legat, sowie das Weiterdasein des erblasserischen Willens durch die Antretung der Erbschaft durch den Erben gewiß ist, im selben Gedankenmomente die Sache sofort und unmittelbar zum Eigenthum des Legatars; sie steht in keinem Verhältniß zum Erben, und dieser hat keine Obligation und Verpflichtung in Bezug auf sie und nicht vom Erben zu fordern, sondern durch Vindication als seine eigene quiritarische Sache hat sie der Legatar allerwärts zu reclamiren.

Gajus[4]: „Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia *post aditam* hereditatem[5] *statim ex jure Quiritium res lega-*

---

[1] Diese Abschneidung und Ausstoßung von der Masse, die im Vindicationslegat geschieht, tritt wie in allem Folgenden, so besonders auch in der Identität des legatum per vindicationem mit dem legatum per praeceptionem deutlich hervor.

[2] Ulpian, XXIV, §. 3; Gajus, Comm., II, §. 193.

[3] Ulpian, a. a. O.; Gajus, a. a. O.

[4] Comm., II, §. 194.

[5] Es ist daher nicht richtig, mit Gans, II, 195, von diesem Legat zu sagen, es sei so „als wenn blos der Legatar und die bestimmte Sache vorhanden wären". Der Erbe kommt allerdings, aber nur als der Gegensatz des Legats, als der daseiende Wille dabei in Betracht. Aber das Einwirken und Nichteinwirken dieses Factors erklärt sich eben nur aus der Erfassung des concreten speculativen Begriffs des Erben, durch dessen Nichterfassung Gans auch diesen Gegensatz nothwendig verfehlen mußte. Gans erfaßt diesen Begriff nur ebenso wie die positiven Juristen in ganz ahnender, abstracter und unbestimmter, und deshalb unwahrer Weise. Hierdurch geschieht es, daß die Ausdrücke, in denen er den Erb- und Le-

tarii fit; et si eam rem legatarius vel ab herede vel ab alio *quocumque qui eam possidet*, petat, *vindicare* debet, id est intendere *rem suam ex jure Quiritium esse.*"

---

gatsbegriff beschreibt, hin und wieder zu dem wahren Wesen der Sache zu stimmen scheinen können, unmittelbar daneben aber wieder solche stehen, bei denen dies durchaus nicht mehr zutrifft, und das reelle Verfehlen des wahren Begriffs auf das gewichtigste dann bei der Auffassung der einzelnen realen Rechtsbestimmungen heraustritt. So sagt Gans (II, 186), richtig fühlend, dem Verhältniß des Erben zum Testator komme „ein gewisser Charakter von Idealität zu". Aber das Mangelhafte ist eben, daß nicht erfaßt wird, worin dieser „gewisse" Charakter von Idealität besteht. Darum folgen bei ihm unmittelbar hierauf die nicht mehr richtigen Worte, das Verhältniß des Erben zum Testator sei „ein concretes, die Einheit von vielfachen Bestimmungen". Dies ist nicht mehr richtig, denn nicht in der Einheit von vielfachen Bestimmungen, sondern schlechthin nur in der einfachen Bestimmung, das Dasein seines Willens zu bilden, besteht der Begriff des Erben. Jenes Ahnen des Begriffs verliert sich daher hierbei bei Gans, wie bei den positiven Juristen, in die schwankende und nebelhafte Wortbildnerei, wenn er sagt, daß im Erben ein „Lebendiges und Persönliches" liege, daß (S. 187) der Testator im Erben „eine volle, lebendige und vielseitige Persönlichkeit erzeugt", welches letztere gar nicht mehr zutreffend ist. — Gans ist so genöthigt, den Unterschied zwischen Erben und Legatar darin zu sehen, daß der Erbe vom Testator die Totalität des Vermögens, der Legatar nur eine bestimmte, einzelne Sache erbt. Der Erbe sei es, der „nicht blos vom Testator etwas Bestimmtes, Einzelnes erhalten hat", während bei dem Legatar „nicht das Ideelle, die Einheit von Vielfachem, die Wesenheit sei" (S. 186) und das Legat als das von jedem Zusammenhang in der Sache mit der Totalität des Vermögens sich Lossagende, die Spitze der Willkür in der testirenden Willkür sei (S. 184, 187).

Auch insofern in diesen Sätzen ein richtiges Moment unterläuft, bildet dasselbe doch nicht den herrschenden Begriff der Sache, sondern nur eine Folge desselben, und ist daher keineswegs geeignet, den Gegensatz von Erbe und Legatar zu erklären, sondern erhält selbst erst seine Erklärung aus jenem herrschenden Begriffe. Es läuft aber eben in dieser Auffassung nur ein richtiges Moment unter, und sie selbst ist weit entfernt davon, richtig zu sein. Dies zeigt sich seitens des Erben darin, daß er, wie wir so ausführlich nachgewiesen haben, auch gar nichts vom Vermögen zu erhalten braucht und in den frühern Zeiten so überwiegend häufig nichts davon erhält. Seitens des Legatars zeigt es sich auf das deutlichste darin, daß auch der Legatar so gut wie der Erbe — nämlich als *legatarius partiarius* — eine „Einheit von Vielfachem" sein, eine Beziehung auf die „Totalität des Vermögens" empfangen kann. Ja, daß der generische Begriff des Legats nicht in der „atomistischen Zusammenhangslosigkeit" der Einzelheit mit der Totalität des Vermögens besteht, zeigt sich schon in dem legatum per damnationem, in welchem dieser Zusammenhang allerdings gesetzt ist. Der Unterschied von Vermögenstotalität und Vermögenseinzelheit ist daher weit entfernt davon, den Unterschied zwischen dem Begriff des Erben und des Legatars anzugeben. Der wahre und einfache begriffliche Unterschied von Erbschaft und Legat ist vielmehr der Unterschied von Wille und Sache. In der Erb-

Es ist daher nicht richtig, wenn Gajus (II, 195 fg.) in der Benennung dieses Legats als legatum per vindicationem eine unpassendere, weil nur vom Hinterher der Wirkung entlehnte, Bezeichnung sieht, als in der Benennung legatum do lego. Denn in diesem Hinterher der Wirkung — der Vindication — tritt vielmehr aufs stärkste die eigentliche begriffliche Natur dieses Legats hervor, daß ein Gegenstand von der

schaft wird jener, im Legat dieser übertragen, und erst aus diesem begrifflichen Unterschied erhält jener andere von Vermögenstotalität und einzelnem Vermögensstück sein relatives Dasein, seine Richtigkeit und sein Verständniß.

Eben weil ihm so der wahrhafte Begriffsunterschied zwischen Erbe und Legat abgeht, gelangt Gans zu dem großen, oben gerügten (S. 63, Note 2; vgl. S. 78, Note 1) historischen Irrthum, daß zur Zeit der Zwölftafeln wegen der — gerade durch den echten Begriff des Erbthums gegebenen — unbedingten Freiheit, zu testiren und das Vermögen durch Legate ganz zu erschöpfen, ein Unterschied zwischen beiden noch gar nicht vorhanden gewesen sei: „die testirende Willkür ist hier noch nicht zu der Reflexion gekommen, zwischen der Persönlichkeit und Substantialität des Erben und der Unlebendigkeit und Leerheit des Legatars zu unterscheiden. Die Willkür ist hier noch in ihrer einfachsten Abstraction; sie will blos wollen können; was dieser Wille hervorbringt, ist gleichgültig. Testamentserbschaft und Legat sind nach dem Ausspruch der Zwölftafeln, uti legassit, noch ganz ineinander und gegeneinander gehalten von völlig gleicher Bedeutung." (Gans, das. S. 187 fg.) Die Größe dieses Irrthums ergibt sich, außer allem andern, schon historisch aus dem flüchtigsten Blicke auf das Recht der sacra, da noch nach der ältern der beiden von Cicero erwähnten Sacraltheorien die sacra auf den Legatar, wenn ein Civilerbe da ist, niemals, und selbst nach der neuern dortigen Theorie nur dann auf ihn übergehen, wenn er, nach der lex Voconia, für sich allein ebenso viel empfangen hatte, als alle Erben zusammen (s. sub Nr. III), während jeder Erbe, wie klein immerhin auch sein Antheil, zu den sacris verpflichtet war. — Es muß ebenso als ein gewisses Ahnen des Begriffs bezeichnet werden, wenn Gans hin und wieder, wie schon in den zuletzt angeführten Worten, den Erben im Verhältniß zum Legatar als das „Höhere, Substantielle, gegenüber der Leerheit der Willkür", charakterisirt. Fragt man aber bei Gans nach der Bedeutung und dem Inhalt dieses Substantiellen, das im Testamenterben liegen soll, so erhält man — da Gans die wirkliche Substantialität nur in der Intestaterbschaft sieht — zur Antwort, daß die Erbeinsetzung wiederum selbst nichts anderes als diese höchste Leerheit der absoluten Willkür sei, die sich selbst aber, in einer durchaus unerklärten Weise, als etwas höchst Heiliges und Substantielles vorgekommen sei (z. B. S. 183 fg. u. a. and. O.). Damit fällt aber auch wieder jener Gegensatz von Erbe und Legatar völlig in sich selbst zusammen, wie andererseits eben dadurch die wahre Bedeutung des römischen Erbrechts und damit der culturhistorische Fortschritt der römischen Geistesstufe überhaupt, das positive Moment, welches Rom in der weltgeschichtlichen Entwickelung der Freiheit bildet, verfehlt wird.

Wenn daher Gans, zur Erklärung dessen, daß die Legate durch das Ausschlagen des Erben hinfällig werden, sagt (das. S. 188), daß „jene Einzelheit nur in diesem Substantiellen ihre Wurzel haben könne", so ist auch dies nur ein Sagen und Versichern jenes positiven Rechtssatzes, der deshalb gleichfalls bei ihm noch gänzlich unbegriffen und unbewiesen bleibt.

Vermögenshinterlassenschaft des Erblassers abgeschnitten und als unmittelbares Eigenthum eines Andern gesetzt worden ist.

Ebenso ist es nicht richtig, wenn Gans meint, daß in der Bezeichnung dieses Legats als legatum do lego „dieses letzte subjective Wollen der Willkür liegt". Die Willkür ist vielmehr in gleichem Maße bei allen Arten der Legate vorhanden. Was in dieser gehäuften und schnellen stoßweisen Aufeinanderfolge der Worte do lego etwa liegen kann, ist offenbar die Abschnellung des Gegenstandes von der Vermögensmasse des Testators.

Wir haben gezeigt, warum durch dies Legat, sowie die Fortdauer des erblasserischen Willens durch die Erbantretung gewiß ist, die Sache sofort und unmittelbar zur quiritarischen Sache des Legatars werden muß. Dieser Punkt verdient eine besonders scharfe Beleuchtung, weil in ihm wieder in besonders markiger Weise das gesammte Wesen des Testaments hervortritt.

Hier wird also quiritarisches Eigenthum übertragen, ohne daß eine in jure cessio, noch eine Mancipation mit dem Erwerber stattgefunden hat; ja, nicht einmal eine Tradition ist vorgegangen. Es müßte dies allen römischen Rechtsbegriffen zu widersprechen scheinen, aber jetzt, nach unserer begrifflichen Analyse, ist nichts nothwendiger und nichts beweisender als dieser Punkt. In der That, wie sollte hier von einem Eigenthum ex jure gentium die Rede sein können, da diese Fähigkeit, über den Tod hinaus wollen und etwas nach dem Tode zum Eigenthum eines Andern machen zu können, gar nicht ex jure gentium ist?[1] Nur in dem Dasein dieses specifischen Volksgeistes wurzelt sie, und man könnte daher sagen, sie sei die am specifischsten römische Uebertragungsweise von allen. Dieser specifische Volksgeist feiert in diesem Acte seine höchste Selbstbethätigung, die höchste Gewißheit seines Daseins und Inhalts. Mit der ganzen Wucht dessen, was den wahrhaften welthistorischen Inhalt des römischen Geistes bildet, und diesen besiegelnd, testirt jeder Römer, und der Satz, daß dies Legat quiritarisches Eigenthum wird, hat daher gar keinen andern Inhalt, als der Satz testamenti factio juris publici est nach unserer obigen Erklärung (Nr. X). Wenn aber jeder Römer so mit der ganzen Wucht des öffentlichen Geistes und öffentlichen Rechts in seiner einzelnen Hand testirt, so ist jetzt wahrhaft durchsichtig die Definition, die Ulpian, Fr. XXIV, §. 1 vom Legate gibt: „Legatum est, quod *legis modo*, id est *imperative*, testamento relinquitur." Das Legat ist ein Gesetz, denn der absolute Inhalt des gesammten römischen Volksgeistes, das allgemeine Schicksal und Dasein

[1] Vgl. hiermit oben S. 100 und Nr. X.

desselben steht eben dabei auf dem Spiele, daß diese menschliche Unendlichkeit, dieses Wollenkönnen über den Tod hinaus, da sei.

Wenn daher sein Wille bei seinem Leben Privatwille war, so ist er öffentlicher Wille bei seinem Tode. Wie oft hat man nicht den Satz gesagt, daß der römische Testator einem Gesetzgeber vergleichbar sei! Aber dieser Satz war stets in dem flachen Sinne gemeint worden, dadurch nur die unbeschränkte Freiheit des testirenden Privatwillens zu bezeichnen, resp. das Comitientestament als ein Gesetz wegen der Beseitigung der auf Gesetz beruhenden Intestaterbfolge zu erklären.[1] Wir zeigten aber daselbst bereits, daß durch den circulus vitiosus solcher nichts erklärenden Erklärungen immer nur als das Erklärende gesetzt wird, was vielmehr vor allem selbst einer Erklärung bedürftig wäre und diese nur aus dem zu Erklärenden empfangen würde. Das Testament kann nicht eine lex, der Testator ein Gesetzgeber sein, weil das Testiren in den Volkscomitien vor sich geht; sondern umgekehrt: nur wenn das Testament eine lex, der Testator ein Gesetzgeber ist, wird sich hieraus begreifen lassen, wie so er dazu kommen kann, in den Comitien zu testiren. Mehr vielleicht als alles andere hat dieser ganz allgemein bei den Juristen grassirende Formalismus des Denkens — sehr verschieden von dem alten productiven Formalismus des Römischen Rechts, der durch seinen geistigen Inhalt zugleich bewirkt, daß die römischen Juristen bei der Gesetzesauslegung unter dem Schein des Wortformalismus immer den speculativen Gedanken treffen und festhalten — die Resultatlosigkeit juristischer Untersuchungen verursacht. Es wird bei dieser Methode des Raisonnirens immer so zu Werke gegangen, als wenn nicht die geistige Bedeutung eines Actes oder Instituts das thätige Prius wäre, welches seine Form nach sich zieht und in ihr sich Ausdruck gibt, sondern als wenn diese, man weiß nicht woher geflogene, Form das Prius wäre, aus welchem sich erst die Befugnisse und Bedeutung des Actes entwickelten. Das positive Material ermangelt nie, die gänzliche Nichtigkeit solchen angeblichen Erklärens haarscharf nachzuweisen. Aber an diesem positiven Material wird dann mit fest zugedrückten Augen vorübergegangen. Sprechend zeigt sich das wieder an dem in Rede stehenden Fall. Und zwei Beweise mögen hier genügen, von denen der zweite in dem uns eben beschäftigenden Vindicationslegat liegt, der erste aber eine kurze Abschweifung auf das jus sepulcrorum erfordert. — Die römischen Grabstätten waren, als loca religiosa, extra commercium. Aber abgesehen von der Nichtigkeit der Veräußerung und von der Strafe, welche dieselbe infolge der lex Julia de sacrilegis nach sich ziehen

[1] Vgl. oben S. 22, Anm.

konnte, war es Sitte, daß der Erblasser auch in den Inschriften der Grabmonumente, die er sich häufig schon während seiner Lebzeiten zu errichten pflegte, eine beliebige Vermögensstrafe für den Fall der Veräußerung, Vermiethung oder Verpfändung gegen die Zuwiderhandelnden festsetzte, Strafen, welche nach diesen Inschriften immer an die Vestalinnen oder die Kasse der Pontifices oder an das öffentliche Aerarium zu zahlen waren. Man sehe zahlreiche solche Grabinschriften mitgetheilt bei Gutherius, De jure manium.[1] Diese Vermögensstrafen waren häufig sehr bedeutend.[2] Daß diese vom Erblasser in den Inschriften verhängten Strafen im ältern Recht nicht ohne Effect, nicht zum Spaß dahin geschrieben sein konnten, ergibt sich schon aus dem Dasein dieser Inschriften von selbst.[3] Nun brauchte ein solcher Erblasser aber die Strafandrohung auf der Inschrift nicht im Testamente zu wiederholen. Ja, er konnte überhaupt intestatus sterben. Woher also, wenn das Testament nur deshalb ein Gesetz ist, weil es in den Comitien errichtet ist, kommt dem Erblasser bei dieser Grabmälerverfügung, die nicht in dem Testament zu stehen braucht, die von dem intestatus getroffen werden kann, die gesetzgeberische Stellung, die Strafgewalt zu? Aber noch mehr! Nach allen heutigen Begriffen vom römischen Erbrecht würde er diese Competenz doch höchstens nur haben können seinen Erben und den Erben derselben gegenüber. Die Inschriften aber zeigen das Gegentheil. Nach denselben bestraft der Erblasser den fremden Käufer ebenso und mit derselben Strafe wie den Verkäufer (s. Inschrift auf S. 415 daselbst: ... ET EI CUI DONATUM VEL VENDITUM FUERIT, EADEM POENA TENEBITUR. Inschrift auf S. 416: ... DARE DAMNAS ESTO AERARIO POPULI ROMANI ... EMPTOR ET VENDITOR). Wenn das Testament nur insofern ein Gesetz ist, als es an Stelle der gesetzlichen Intestat-

---

[1] Lib. III, c. 5, 6, p. 413—419 ed. Par. 1615.

[2] Eine dieser Inschriften, bei Gutherius, S. 410, eine Brundisische, verfügt sogar die Confiscation des ganzen Vermögens der Zuwiderhandelnden: SI QUI ADVERSUS ID FECERINT. EORUM BONA PERTINERE DEBEBUNT AD REMPUBLICAM BRUNDISINORUM.

[3] Siehe Gutherius, S. 418 fg. — Vgl. was wir noch in den Rechtsquellen über die Strafen, unter welchen der Testator dem Erben gültig auferlegen kann, ihm ein Monument zu setzen, finden, L. 27 de condit. et demonstrat. (35, 1). Zu Justinian's Zeit wußte man damit nicht mehr viel anzufangen und setzte es in den Titel de conditionibus etc. Aber es ist keine conditio, und diese Versetzung ist falsch, nach Marcianus selbst, L. 2 de his quae poenae causa (34, 6): „Poenam a conditione *voluntas* testatoris separat, et *an poena*, an *conditio*, an translatio sit, ex *voluntate* defuncti apparet idque Divi Severus et Antoninus rescripserunt."

erbfolge tritt, und zur Dispensation von dieser daher die Errichtung in den Comitien nöthig ist, und dem Testamente hierdurch den formellen Charakter einer lex gibt, — wie kann der Erblasser oder Testator, wenn man selbst seine Verfügung auf dem Grabmonument um der ideellen Gleichartigkeit willen als einen letzten Willen, als ein Testament auffaßt, über den ihm ganz fremden Käufer, der weder Erbe noch Legatar aus dem Testament ist und mit dem Intestatgesetz und der Dispensation von demselben gar nichts zu thun hat, wie kann er über dieses, in gar keinem Verhältniß zu ihm stehende andere dritte Subject Strafen verhängen? Woher schöpft er diese höchst materielle gesetzgeberische Gewalt?

Statt diese Fragen zu lösen, hat man vorgezogen, sie, wie so viele andere, niemals aufzuwerfen und jenes jus sepulcrale, etwa wie einen archaistischen Schnörkel, gänzlich unbeachtet zu lassen. Als wenn nicht gerade jene Gräberverfügung eben um ihrer gedoppelten Stellung willen, formell kein Testament, nach ihrem geistigen Inhalt aber dasselbe, was ein Testament, letztwillige Verfügung über die Fortbewahrung des eigenen aufgehobenen Ichs zu sein, am schneidendsten hätte hervortreten lassen müssen — und, wie man sieht, auch wirklich hervortreten läßt —, was aus der geistigen Bedeutung, aus dem Begriffe des Testaments folgt.

Die Lösung der aufgeworfenen Fragen ergibt sich von selbst, wenn wir uns dem zweiten Beweise, dem uns beschäftigenden Vindicationslegat wieder zuwenden. Wir können die Eigenthümlichkeit desselben, die wir jetzt betrachten wollen, ebenso gut aus jenem jus sepulcrale, als jenes aus dieser erklären. Denn beide sind eben nur die Darstellung und der Ausdruck des in ihnen hervortretenden gemeinschaftlichen Begriffs. Beide sind schon in jenem obigen Satze enthalten, daß der Wille der Person, wenn er Privatwille war bei ihrem Leben, zum öffentlichen Willen wird bei ihrem Tode.

In der That, die Wahrheit des Satzes, daß der Testator ein Gesetzgeber sei, liegt nicht darin, daß das Testament in den Comitien errichtet wird, sondern sie liegt, zugleich mit dem Grund, warum dieses Testiren in den Comitien überhaupt möglich ist[1], in dem oben entwickelten Sinne, daß jene Willensfortdauer das Innerste des öffentlichen Geistes bildet, dem der Testator Dasein gibt, weshalb seine Verfügung mit der ganzen Kraft des öffentlichen Geistes bekleidet ist. Im Tode steht dem Römer zu, was er im Leben niemals vermochte. Im Tode erweitern sich seine Befugnisse; im Tode verklärt er sich zum Gesetzgeber. Er muß sich zum Gesetzgeber verklären infolge seines

[1] Siehe oben S. 124 fg.

eigenen Begriffs und in dessen Interesse, denn er soll jetzt ja seinen Willen als einen fortdauernden und aller Außenwelt gegenüber bestehenden, d. h. als Gesetz, setzen. Er muß und kann sich aber auch zum Gesetzgeber verklären den andern Rechtssubjecten gegenüber und deren Rechtssphäre verletzen. Denn diesem metaphysischen Interesse des öffentlichen Geistes gegenüber, welches in ihm ruht, kommen die andern Rechtspersonen, welche gegen ihn, den Todten, bloße Privatwillen, bloße Lebende sind, gar nicht in Betracht. Und darum muß diese gesetzgeberische Kraft, noch viel stärker und entscheidender als in der Definition Ulpian's, in den realen juristischen Consequenzen hervortreten, sowol in dem jus sepulcrale[1] als in dem Vindicationslegat. Während nämlich alles Eigenthum nie ohne den Willen des Erwerbers übertragen werden kann, während dieses Moment des Wissens und Wollens gerade auch beim Erbrecht, wie wir später sehen werden, von fundamentalster Wichtigkeit und ohne dasselbe ein Erbschaftserwerb nicht denkbar ist, steht dem Testator bei diesem Legat ein Größeres zu. Durch seine alleinige Disposition und ohne Wissen und Wollen des Legatars macht er die Sache zum Eigenthum desselben, gerade wie durch ein Gesetz das Individuum ohne sein Wissen und Wollen sofort mit dem Eigenthum befaßt wird, das es verleiht.[2]

---

[1] Hier hat er das stärkste Attribut des Gesetzgebers, die Strafgewalt, weil er hier nur über seine eigene Fortdauer, die Fortexistenz seines aufgehobenen Ichs, decretirt. — So unterscheidet sich auch diese poena von dem legatum poenae nomine, welches im ältern Recht (s. Gajus, II, 235; Ulpian, XXIV, 17) unzulässig war, unter welchem aber immer ein solcher Befehl verstanden wird, welchen der Testator dem Erben in Bezug auf dessen ihn selbst (den Erben) persönlich betreffendes Handeln ertheilt (weshalb auch immer das Beispiel angeführt wird: Si heres meus filiam suam Titio in matrimonium collocaverit, X Millia Sejo dato), nie aber ein solcher Befehl, durch welchen ein auf den Erblasser selbst bezügliches Handeln geboten wird, wie wir ganz klar aus der in Note 3, S. 151, angez. L. 27 ersehen, wo die vom Erblasser über den Erben in Bezug auf ein ihm zu errichtendes Grabmonument verhängte Strafe als eine gültige behandelt wird. Eben wegen dieses Unterschiedes aber können wir uns hier der Untersuchung entschlagen, ob das legatum poenae nomine, welches, im ältern Recht ungültig, von Justinian erlaubt wird (L. un. C. de his quae poenae causa etc., 6, 41), schon in einer ältesten Zeit gültig war und von Justinian nur wiederhergestellt wird, freilich mit einem, durch die Verschiebung des gesammten Erbbegriffs, ganz andern Begriffsinhalte, als es in jener ältesten Zeit gehabt haben würde, — wie wir einen ähnlichen organischen Trieb in der römischen Rechtsbildung, am Ende auf das ursprünglichste, aber mit einem nun ganz geänderten geistigen Inhalt, zurückzukehren, schon oben bei der justinianeischen Befreiung des Testators von der falcidischen Quart gesehen haben und weiter gelegentlich constatiren werden.

[2] Während es bekanntlich heißt, Ulpian, L. 19, §. 2 de donat. (39, 5):

Dies ist in jener Controverse, deren tiefe Nothwendigkeit von hier aus klar wird, die Meinung der Sabinianer, welche ausdrücklich behaupten, sofort durch den Erbschaftsantritt werde die durch das Vindicationslegat vermachte Sache auch ohne Wissen des Legatars zu dessen Eigenthum, und höre nur auf solches zu sein, wenn er sie ausschlage, während umgekehrt die Proculejaner, festhaltend daran, daß Eigenthumsübertragung im allgemeinen und aller Erbschaftserwerb insbesondere nur durch das Wissen und Wollen des erwerbenden Individuums vermittelt und angeeignet werden kann, die legirte Sache erst durch den Willen des Legatars in sein Eigenthum übergehen lassen.

Gajus, Comm., II, 195: In eo vero dissentiunt prudentes; nam Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores quod ita legatum sit, *statim* post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiam *si ignoret* sibi legatum esse dimissum, et *postea quam scierit et spreverit* legatum, *perinde esse atque* si legatum non esset. Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere; sed *hodie* ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis jure uti videmur quod Proculo placuit etc."

Wir haben diese Controverse eine nothwendige genannt. Ihre Nothwendigkeit entsteht nämlich aus dem Conflict, in welchen in diesem Legat die Souveränetät der beiden Ich, die miteinander in Beziehung treten (des Erblassers und Legatars), gerathen muß. Die Souveränetät des im Legatar vorhandenen Ich verlangt, daß seiner streng geschlossenen Unabhängigkeitssphäre nichts ohne seinen Willen einverleibt werden kann. Die im Testament triumphirende Unendlichkeit des subjectiven Willens, welche das innerste pulsirende Herz des römischen Volksgeistes bildet, bringt aber hervor, daß der Testator mit der ganzen Wucht des öffentlichen Geistes testirt, und verlangt somit umgekehrt, daß, da im Legat nicht, wie in der Erbeinsetzung, der Wille, sondern nur die Sache vermacht wird, auf den Willen des Legatars überhaupt nicht gesehen, sondern ihm die Sache wie durch ein Gesetz ohne seinen Willen an-

---

„Non potest liberalitas nolenti acquiri." — Kann ihm wider seinen Willen zugewendet werden, so wird er auch wider seinen Willen beschädigt werden können, und so werden wir später sehen, wie noch die Kaiserconstitutionen dem Testator ausdrücklich das Recht zuerkennen, „in fraudem creditorum" die Sklaven durch Testament freizulassen, was er bei Lebzeiten niemals können würde. Aber im Leben ist er auch nur ein Rechtssubject gegen andere Rechtssubjecte. Im Testament dagegen sind die Creditoren, wie wir oben sagten, „blos Lebende" gegen ihn, den Todten.

geeignet wird. Der Wille des Todten ist mächtiger und wichtiger, weil die Substanz des Volksgeistes darstellend, als der des Lebenden.

Vom Standpunkte des Erbrechts aus betrachtet, zeigt sich daher die Ansicht der Sabinianer als die strengere und consequentere. Aber gerade deswegen mußte sie in der spätern Zeit erliegen. Ebenso ist die tiefe Consequenz evident, durch welche diese Ansicht mit der entwickelten *specifischen* Natur des Vindicationslegats — bei welchem allein diese Controverse möglich ist — verbunden ist. Denn aus der Willensherrschaft des Erben, welche diejenige des Erblassers ist, kann, sagten wir, die einzelne Sache überhaupt nur dann herausgerathen sein, wenn sie schon zum wirklichen Eigenthum eines *Dritten geworden ist*. Ist sie dies im Moment des Erbschaftsantritts noch nicht, so würde sie immer noch unter diese Willensherrschaft gehören und somit dem Erben, da er ja keinen *Auftrag* in Bezug auf die so legirte Sache empfangen hat, verbleiben müssen.[1]

Dies begriffliche Moment wird im Römischen Recht mit so schneidend scharfer Bestimmtheit festgehalten, daß jetzt wieder die Proculejaner, unter der treibenden Dialektik dieses Begriffs die Consequenz der Sabinianer übertreffend, behaupten: die durch ein *bedingtes* Vindicationslegat vermachte Sache sei *während der hängigen Bedingung* nicht des *Erben*, sondern *die Sache niemandes*.

Gajus, II, §. 200: „Illud quaeritur, quod sub conditione per vindicationem legatum est pendente conditione *cujus esset;* nostri praeceptores heredis esse putant exemplo statu liberi, id est ejus servi, qui testamento sub aliqua conditione liber esse jussus est, quem constat interea heredis servum esse; sed *diversae scholae auctores* putant *nullius interim eam rem esse.*" Und nothwendig nehmen sie auch dasselbe von der pure legirten Sache an, sodaß sie, wenn sie dieselbe auch zum Eigenthum des Legatars erst durch dessen Wissen und Willen werden lassen, sie doch immerhin darin mit den Sabinianern übereinstimmen, daß sie dieselbe schon vorher als res nullius von der Willensherrschaft des Erben abgeschnitten betrachten.[2]

---

[1] Darum sagen auch die Sabinianer nicht, daß die legirte Sache durch Ausschlagung des Legatars zum Eigenthum des Erben, etwa durch Accrescenzrecht, wird; denn die Entäußerung der Sache durch den Legatar würde an und für sich noch nicht im Stande sein, sie unter die Willensherrschaft des Erben zurückzubringen, sondern sie stellen dies so dar, als sei dies Legat *gar nicht dagewesen*, „et posteaquam sciverit et spreverit legatum, perinde esse *atque si legatum non esset*".

[2] Aber wenn die pure legirte Sache bis zum Wissen und Willen des Legatars, und die sub conditione legirte bis zur Erfüllung der Bedingung nach den Proculejanern *res nullius* sein soll, warum kann sie nicht *occupirt* und *usucapirt*

Da, wie wir sahen, die Sache durch dieses Legat zum unmittelbaren quiritarischen Eigenthum des Legatars werden muß, weil sie sofort als die *seinige* gesetzt wird und so gesetzt wird auf Grund jener nur dem römischen Geiste einwohnenden Willensunsterblichkeit, so ergibt sich als Folge beider Sätze von selbst, daß per vindicationem vom Erblasser nur legirt werden kann, was er selbst in seinem *quiritarischen* Eigenthum hat. Gajus, II, §. 196: „Eae autem solae res per vindicationem legantur recte, quae ex jure Quiritium ipsius testatoris sunt." Aber hiermit ist die Reihe der Consequenzen, zu welcher sich der Begriff dieses bestimmten Legats abrollen muß, noch lange nicht erschöpft.

Das Vindicationslegat, sagten wir, stellt nicht eine Vermögensverfügung des Erblassers überhaupt, sondern eine *Abschneidung und Ausstoßung* einer bestimmten Sache von der Vermögensmasse des Testators und somit von seiner auf den Erben übergehenden Willensherrschaft dar. Stellte es eine Vermögensverfügung überhaupt dar, so würde es, wie wir später bei den andern Legaten sehen werden, auch auf die res futura sich erstrecken können. Wenn es aber die Abschneidung und Entlassung einer Sache aus der Willensherrschaft und Vermögenshinterlassenschaft des Erblassers ist, so muß diese bestimmte Sache, um so von ihr abgetrennt und entlassen *werden zu können*, logisch nothwendig *vorher* in dieser Vermögensmasse und Willensherrschaft gewesen sein, und daher auch schon zu *dieser Zeit* mit eben jenem *entscheidenden quiritarischen Rechte*, welches wir als die nothwendige Bedingung für die gesetzgeberische und durch bloße Willensverfügung die Sache als quiritarisches Eigenthum des Legatars setzende Bestimmung erkannt haben. Dies also ist der begriffliche Grund, weshalb das Vindicationslegat allein sich nur auf solche Sachen erstrecken kann, die nicht blos zur Zeit des *Todes*, sondern schon *zur Zeit der Testamentsanfertigung im quiritarischen Eigenthum des Testators gewesen sind*.

Ulpian, Fr. XXIV, §. 7: „Per vindicationem legari possunt

---

werden? Und wieder umgekehrt, die Sabinianer anlangend, wenn die Sache nach diesen durch dies Legat so sehr der Willensherrschaft entzogen ist, daß sie selbst vor dem Wissen und Willen des Legatars unmittelbares Eigenthum desselben ist, wie kann sie während der hängigen Bedingung noch unter der Willensherrschaft des Erben stehen? Auf keine dieser beiden Fragen gibt es eine Antwort. An diesen äußersten dialektischen Spitzen zeigt sich also das nothwendige Scheitern der beabsichtigten Consequenz der juristischen Verstandesbestimmungen, ein Scheitern, nothwendig deshalb, weil diese Bestimmungen auf der Grundlage eines *fingirten Begriffs* (Willensfortdauer nach dem Tode) stattfinden. Das einzige consequente Testamentsrecht ist das römische — und dieses *muß* inconsequent sein.

res, quae *utroque tempore* ex jure Quiritium testamentoris, *mortis* et *quando testamentum faciebat.*“[1]

Hiervon gibt es eine Ausnahme. „Praeterquam“, fährt Ulpian fort, „si *pondere*, *numero*, *mensura contineantur*, in his enim satis est si vel mortis duntaxat tempore fuerint ex jure Quiritium.“[2] Es gibt nichts Interessanteres als diese Ausnahme, die keine Ausnahme ist, wenn auf den speculativen Begriff gesehen wird. Denn was wir vorhin sagten, gilt nothwendig nur von der individuell bestimmten Sache. Die Sache muß als diese individuell bestimmte schon zur Zeit der Verfügung im quiritarischen Eigenthum des Testators gewesen sein, um in dieser Bestimmtheit von ihm aus seiner Vermögensmasse abgetrennt und als quiritarisches Eigenthum des Dritten gesetzt zu werden. Diejenigen Sachen aber, welche „durch Gewicht, Zahl, Maß bestimmt werden“, sind gar keine geschlossene Individualitäten, individuell bestimmte Sachen; sie sind vielmehr — Quantitäten. Die Quantität ist ja aber eben die logische Kategorie der sich gleichgültigen Veränderung, oder des in der Veränderung mit sich Gleichbleibenden, und es zeigt sich hier, daß das Recht diesen Satz der objectiven speculativen Logik wohl zu berücksichtigen weiß. Weil das Wesen des Quantitativen dies beständige Fließen und Außersichkommen ist, das aber in dieser Veränderung stets mit sich identisch, stets Quantität bleibt, so ist durch diese Veränderung nichts geändert, sondern das Wesen des Gegenstandes geblieben, was er war. Ja, es ist eben wegen der objectiven Wirklichkeit des Speculativen gar keine andere Rechtsbestimmung möglich. Denn sinnlich ausgedrückt: Hätte der Testator diese Quantität Oel, Wein u. s. w. zur Zeit der Testamentsanfertigung besessen, so könnte er sie gar nicht mehr — außer durch höchsten Zufall — auch noch zur Zeit des Todes besessen haben, und besäße er dieselbe Quantität noch, so wäre nur das Quantitative der Sache (100 Maß Oel, Wein) dasselbe, aber es wäre schwerlich diese Quantität der damals besessenen Sache, desselben Weines, Oeles u. s. w. Es liegt im wirklichen Schicksal des Quantitativen, weil im Wesen der Quantität, beständig ab- oder auch zuzunehmen. Die vorhandenen Quantitäten zur Zeit des Testaments und zur Zeit des Todes können sich also gar nicht entsprechen, weil die Quantität eben nicht Qualitatives, Bleibendes ist, und bei Dingen, die ihr Wesen im Quantitativen haben „quae pondere, numero, mensura con-

[1] Vgl. Ulpian, das. §. 11; Gajus, Comm., II, §. 196: „... alioquin inutile est legatum.“

[2] Gajus führt als Beispiel an, a. a. O.: „veluti vinum, oleum, frumentum, pecuniam numeratam.“

tineantur", reicht es daher, weil diese die Kategorie des gegen seine Veränderung Gleichgültigen darstellen, hin, wenn sie nur zur Zeit des Todes vorhanden sind.

Wir haben den Begriff des Vindicationslegats aus dem Gegensatz zwischen Erben und Legatar, zwischen Willens- und Sachvermächtniß überhaupt, abgeleitet und ihn infolge dessen als die Abschneidung einer bestimmten Sache von der Hinterlassenschaft des Testators erkannt, wodurch allein diese Sache der in den Erben fortdauernden Willensherrschaft über das Vermögen entzogen werden kann.

Wir zeigten, wie vermöge begrifflicher Nothwendigkeit diese Abschneidung nur durch die unmittelbare Entäußerung der Sache zur Sache eines Dritten sich vollbringen kann, sodaß durch das Dasein dieses Legats die Sache auf das vollständigste von der Vermögenshinterlassenschaft des Testators abgetrennt ist.

Diese radicale Abtrennung der einzelnen Sache von der Willensherrschaft des Testators zeigt sich wieder entscheidend in den Bestimmungen über die Accrescenz. Wenn nämlich dieselbe Sache per vindicationem Zweien legirt ist, sei es conjunctim, sei es disjunctim, und der eine Legatar concurrirt nicht, so accrescirt der Theil des ausfallenden Legatars nicht dem Erben (wie dies beim Damnationslegat der Fall), sondern dem andern Legatar. Denn das Dasein des Legats würde erst durch das Ausfallen sämmtlicher Legatare fortfallen. Durch den concurrirenden disjunctiven oder den conjunctim gesetzten Collegatar aber wird immer gleichmäßig das Dasein des Legats festgehalten[1], durch dies Dasein aber die Sache so entscheidend von dem Vermögen des Erblassers abgetrennt, daß die Accrescenz nur zu Gunsten des Collegatars, statt des Erben, gehen kann.

Gajus, Comm., II, §. 199: „Illud constat, si duobus pluribusve per vindicationem eadem res legata sit, sive conjunctim, sive disjunctim, si omnes veniant ad legatum, partes ad singulos pertinere et deficientis portionem collegatario adcrescere."

---

[1] Tiefer daher als der bald folgende äußerliche Bericht des Gajus, sagt uns Ulpian (daf. §. 12), bei dem conjunctim gesetzten Vindicationslegat entständen nach Civilrecht die Theile erst durch die reale Concurrenz der Legatare: „... si vero conjunctim, velut «Titio et Sejo hominem Stichum do, lego» *jure civili concursu partes fiebant;* non concurrente altero, pars ejus alteri adcrescebat." Durch dieses erst Entstehen der Theile durch die reale Concurrenz ist die Nothwendigkeit gegeben, daß hierbei die Accrescenz überhaupt eintritt, welche erst durch die lex Papia Poppaea beseitigt und in Caducität umgewandelt wird.

XV[a]. Das Vindicationslegat als Präceptionslegat.

Es ist jetzt nöthig, eine Bestimmung hervorzuheben, welche alle Arten von Legaten betrifft und den begrifflichen Gegensatz zwischen Legatar und Erben auf das hellste bloßlegt: „A legatario legari non potest.“[1] In der That, da das, was dem Legatar übertragen wird, nicht der Wille, sondern die bloße Sache ist, so kann er zu keinem Willensvollstrecker gemacht und zu keinem weitern Abgeben veranlaßt werden. Diesem Satze entspricht auf der Seite des Erben der umgekehrte: „Heredi a semet ipso legari non postest.“[2] Dem Erben kann nicht von sich selbst legirt werden. In der That ist dies ebenso unmöglich, als bewirken, daß dem Eigenthümer seine Sache noch mehr gehört, als sie ihm schon gehörte. Als der Willensherr ist er der Eigenthümer der gesammten Hinterlassenschaft, insoweit nicht Stücke von dieser abgeschnitten worden sind, indem sie als Eigenthum eines Dritten gesetzt wurden. Aber eben weil das Vindicationslegat diese Abschneidung der einzelnen Sache von der Erbschaft vollbringt, so kann gerade durch das Legat per vindicationem, und nur durch dieses, der abgeschnittene Gegenstand, eben weil er nicht mehr zur Erbschaft gehört, auch besonders dem Erben gegeben werden. In Bezug auf diesen kann also auch der Erbe Legatar sein, — und gerade hierdurch tritt auf das allerentscheidendste jenes Abgeschnittensein des Gegenstandes von der Erbschaft als der Charakter dieses Legats hervor. Zwar hat nun dieses Vindicationslegat, wenn der Erbe selbst der Legatar ist, einen besondern Namen empfangen: legatum *per praeceptionem*. Allein die völlige substantielle Identität desselben mit dem Vindicationslegat liegt offen am Tage. Sie tritt schon in den Worten Ulpian's hervor: „Per praeceptionem legari possunt res, quae etiam per vindicationem.“[3] Noch deutlicher aber zeigt sie sich gerade in der Controverse, welche dies Legat zwischen den Sabinianern und Proculejanern veranlaßt hat, wobei sich zugleich der einzige Unterschied ergibt, der etwa noch zwischen ihm und dem Vindicationslegat gefunden werden kann.

Wenn nämlich der gewöhnliche Legatar bei diesem Legat durch die Vindication die Sache von der Erbschaft abschneidet, so wird dieses Abschneiden, sobald der Erbe der Legatar ist, nothwendig von selbst zu einem Voraus-, Vorherabschneiden, vor Uebernahme der Erbschaftsmasse. Denn hätte der Erbe sich erst in die Erbschaftsmasse einsetzen

[1] Ulpian, XXIV, §. 20.
[2] Ulpian, XXIV, §. 22.
[3] Fr. XXIV, §. 11.

lassen, so kann er die Sache doch nicht mehr von sich selbst vindiciren, besäße sie also nicht legati modo, und deshalb muß auch, wenn mehrere Erben sind, sofort durch das judicium familiae erciscundae dem Erben der ihm legirte Gegenstand zugesprochen werden.[1] Hieraus fließt also die Ansicht der Sabinianer hervor, daß per praeceptionem nur dem Erben legirt werden könne, denn bei dem bloßen Legatar fehlt das Hinterher der Erbschaft, welches jenes Abschneiden zu einem Vorabschneiden macht, wie er deshalb auch immer vindiciren kann.

Gajus, II, §. 217: „Sed nostri quidem praeceptores nulli alii eo modo legari posse putant, *nisi ei qui aliqua ex parte heres scriptus esset;* praecipere enim esse *prae*cipuum sumere; quod tantum in *ejus* persona procedit, qui aliqua ex parte heres institutus est, quod is *extra portionem hereditatis prae*cipuum legatum habiturus sit."

Aber ebenso ergibt sich hieraus, daß der ganze Unterschied beider Legate doch nur der Unterschied von Abschneiden und Vorabschneiden sei, daß er sich also auf die Silbe „vor" reducire, welche, in Bezug auf den gewöhnlichen Legatar hinzugefügt, sinnlos und unverbindlich sei, aber doch sein Legat nicht umwerfen könne, sodaß sich bei ihm das Präceptionslegat von selbst als einfaches Vindicationslegat darstelle.

Gajus, II, §. 221: „Sed diversae scholae auctores putant etiam extraneo per praeceptionem legari posse, proinde ac si ita scribatur: *Titius hominem Stichum capito*, supervacuo adjecta Prae syllaba; ideoque *per vindicationem eam rem legatam* videri, quae sententia dicitur divi Hadriani constitutione confirmata esse."

XV[b]. Der Widerspruch des Vindicationslegats und seine Selbstentwickelung zum Damnationslegat.

Ueberschauen wir nun, was sich bei Betrachtung des Vindicationslegats ergeben hat, so ist es zunächst der dialektische Widerspruch, in welchem dieses Legat mit seinem eigenen Begriff steht, und zweitens die Aufhebung dieses Widerspruchs, die an sich bereits eingetreten ist.

---

[1] Gajus, II, §. 219: „Item nostri praeceptores, quod ita legatum est, *nulla ratione* putant consequi eum, cui fuerit legatum, praeterquam judicio familiae erciscundae, quod inter heredes de hereditate erciscunda, id est dividunda, accipi solet; *officio enim judicis* id contineri, ut et quod per praeceptionem legatum est, *adjudicetur*."

Durch die souveräne Willensverfügung dieses Legats wird die Sache, sowie die Fortsetzung des erblasserischen Willens durch den Erbschaftsantritt des eingesetzten Erben gewiß ist, unmittelbar entäußert und als das quiritarische Eigenthum eines Dritten gesetzt. Allein ebendeshalb ist sie dadurch auf das radicalste von der Willensherrschaft des Testators, und darum des Erben, abgetrennt (s. oben S. 146 fg.). Der dialektische Widerspruch ist also der, daß, während der Begriff des testamentarischen Rechts überhaupt die Realisirung der subjectiven Willensunendlichkeit ist und diese auch einerseits ihren Triumph durch das unmittelbare gesetzgeberische Setzen der Sache als Eigenthum eines Dritten feiert (s. S. 149 fg.), andererseits gerade durch diese Abtrennung der Sache von der Willensherrschaft des Testators der Wille desselben — in Bezug auf diese bestimmte Sache — fortzugelten aufgehört hat. Indem der Wille thut, was er kann, ist er untergegangen; indem er von seiner Befugniß Gebrauch macht, hat er sich selbst negirt und ist in dieser Sache erloschen. Sie ist nicht mehr Dasein dieses Willens und steht, absolut getrennt von ihm, in keinerlei Bezug mehr auf ihn.[1] Der Legatar reclamirt sie als die seinige, als *res sua*, nicht auf Grund eines fortdauernden Willens des Testators, sondern gerade auf Grund dessen, daß sie dieser Willensherrschaft entzogen und entäußert, daß dieselbe in Bezug auf sie zu Grunde gegangen ist. — Der Wille hat sich also in seinem Setzen und Verwirklichen ebenso vollständig aufgehoben als gesetzt. Dies ist also noch das Unangemessene und dem Begriffe des Testaments, der realisirten Willensunendlichkeit des erblasserischen Willens, Widersprechende an diesem Legat, weil durch dasselbe der Wille des Erblassers über die Sache gerade sein Ende gefunden hat. Dies ist also das Treibende und Fortentwickelnde in dem Begriff des Vindicationslegats. Soll das Legat wahrhaft und harmonisch dem Begriffe des Testaments entsprechen, soll es die unendliche Willensfortdauer des Testators verwirklichen, ohne sie zugleich aufzuheben, so muß die Sache auf Grund des noch fortdauernden Willens des Erblassers, und also als Eigenthum desselben — und daher auch, was immer nothwendig identisch ist, als Eigenthum des Erben — in den Besitz des Legatars übergehen.

Das Mittel zu dieser höchsten adäquaten Realisirung des Legats ist bereits gegeben. Es liegt im Willenserhalter, im Erben, vor und hat

[1] Daher, wie wir S. 158 sahen, die Accrescenz zu Gunsten des Collegatars. Der dialektische Widerspruch treibt sich so weit, daß die Sache erst dann wieder zu dem Willen des Testators (Erben) in Beziehung tritt, wenn gerade sein Wille aufhört, d. h. wenn es durch das Fortfallen sämmtlicher Legatare ist, als wenn das Legat nicht da wäre.

sich ebenso auch schon im Legat selbst herausgestellt: im Präceptionslegat. Indem nämlich dem Erben selbst die Sache legirt wurde, mußte er, jenes Vorabschneidens wegen, genöthigt werden, in Bezug auf das Legat zu handeln. Es durfte daher beim Erben nicht mehr heißen, mit Benutzung der andern Formel des Vindicationslegats: Praehabeto, sondern lediglich: Praecipito. Der Erbe muß also hier auch in Bezug auf die von der Erbschaft und Willensherrschaft abgetrennte Sache handeln. Ist dies aber gegeben, so liegt überhaupt kein Grund mehr vor, die legirte Sache von der Willensherrschaft abzutrennen; oder vielmehr die Trennung derselben ist überwunden und das Legat hat die Form angenommen, daß es zu einem verpflichtenden Willensauftrag des Testators an den Erben wird, eine bestimmte Handlung des Gebens und Verabreichens vorzunehmen.

Dies ist das legatum per damnationem, durch welches bewirkt wird, was sich uns eben als nothwendiges Postulat ergeben, daß die Sache auf Grund des noch fortdauernden Willens des Testators und als Eigenthum desselben wie des Erben auf den Legatar übergeht.

Gajus, II, §. 204: „Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiam si pure legatum est, non, ut per vindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed *nihilominus heredis est;* ideo legatarius *in personam agere* debet, id est intendere *heredem rem sibi dare oportere.*" Die Sache bleibt also bei dem Tode des Testators, trotz des Legats, Eigenthum des Erben, und der Legatar hat jetzt auf Grund des noch fortdauernden Willens des Erblassers gegen den Erben die persönliche Klage, daß dieser ihm das Eigenthum daran abtrete.

XVI[a]. Das Damnationslegat als das seinem Begriff adäquate Legat (optimum jus legati). Die bonitarische Sache. Der Eigenthumsübergang der per damnationem legirten Sache durch Mancipation, in jure cessio oder Tradition.

Das Damnationslegat ist also die höchste wahrhafte Form des Legats, weil in ihr der testamentarische Erbrechtsbegriff, die subjective Willensfortdauer, in seinem Gegensatz selbst zu seiner affirmativen Realisirung gelangt ist. Im Damnationslegat bleibt das Legat zwar immer noch der Gegensatz der Erbeinsetzung, Sachübertragung im Gegensatz zur

Willensübertragung, weil dies der allgemeine Begriff des Legats überhaupt ist, der daher alle Formen des Legats beherrschen muß. Aber dieser Gegensatz ist hier nicht mehr, wie beim Vindicationslegat, ein blos abstracter, sondern das Legat ist hier selbst von seinem Gegensatze, dem Erbbegriff, durchdrungen, indem der Erbe hier zum thätigen Subject des Legats selbst gemacht worden ist. Der früher abstracte Gegensatz zwischen Wille und Sache, Erben und Legatar, realisirt sich hier so, daß der Wille zum Uebergreifenden beider, zur Einheit seiner und seines Gegentheils sich bestimmt und somit nach seinem wahrhaften Wesen verwirklicht hat. Oder der Triumph des Erbbegriffs in diesem Legat besteht darin, den Erben handeln zu machen, worin sich, wie wir dies schon früher überall zeigten, der Begriff des Erbthums, die Willensidentität zwischen Erblasser und Erben, erst wahrhaft bewährt. Und zwar bewährt sich hier der Begriff des Erben gerade am Gegentheile seiner selbst, der Sachverfügung des Legats, und ist so erst zur herrschenden Einheit der ganzen Sphäre aus der frühern bloßen Gegensätzlichkeit erhoben worden. Zugleich bewährt er sich durch das Fortgeben der Sache als das interesselose reine Dasein des erblasserischen Willens.

Weil also in diesem Legat die Willensfortdauer des Erblassers, welche in der abstracten Gegenübersetzung von Wille und Sache im Vindicationslegat ebenso gesetzt als negirt war, zur affirmativen Verwirklichung in ihrem eigenen Gegensatz gelangt, so muß daher dieses Legat, als das vom Begriffe der gesammten Sphäre des Testamentrechts affirmativ durchdrungene, dem römischen Geiste als das seinem Begriffe adäquateste, d. h. als das beste, erscheinen. Und so sehr ist unsere Entwickelung nichts anderes als der eigene Geist des römischen Erbrechts, daß uns deshalb vom Römischen Rechte das Damnationslegat ausdrücklich als das „*optimum* jus legati" bezeichnet wird. Ulpian, Fr. XXIV, §. 11: „... quo cautum est (nämlich durch das SC. Neronianum), ut quod minus aptis verbis legatum est, perinde sit, ac si *optimo jure* legatum esset; *optimum autem jus legati per damnationem est.*" Und Gajus, Comm., II, §. 197: „Sed sane hoc ita est jure civili; postea vero auctore Nerone Caesare senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si eam rem quisque legaverit, quae ejus nunquam fuerit, perinde utile sit legatum, atque si *optimo jure relictum* esset; *optimum autem jus est per damnationem legatum.*"

Da das Damnationslegat kein Geben des Erblassers darstellt, sondern einen den Willen des Erben bestimmenden, vom Erblasser ausgegangenen Willensbefehl, daß er, der Erbe, die zu seinem Eigenthum gewordene Sache fortgebe — die Formel lautet deshalb consequent:

Heres meus Stichum servum meum dare damnas esto oder dato —, so ist es natürlich schon deshalb nicht mehr erforderlich, daß die Sache, wie beim Vindicationslegat, quiritarisches Eigenthum des Testators sei, und daß sie bereits zur Zeit der Testamentsanfertigung in seinem Eigenthum, quiritarischen oder bonitarischen, sich befinde. Denn daraus, daß die Sache erst vom Erben gegeben wird, folgt, daß die Sache unter Lebenden gegeben wird, und hieraus wieder, daß der Zeitpunkt der Testamentsanfertigung überhaupt ganz gleichgültig ist. Da der Erblasser die Sache nicht dem Legatar gegeben, sondern nur den Willensauftrag hierzu für den Erben hinterlassen hat, so ist nothwendig zunächst schon das ganz einerlei, ob er die Sache bereits zur Zeit des ersten Willensausdrucks oder erst zur Zeit der im Tode vor sich gehenden Willensbestätigung (vgl. Bd. 1, sub III, Nr. VI) im Eigenthum gehabt hat.

Ferner, wenn die Sache, weil durch den Erben gegeben, unter Lebenden gegeben wird, so folgt daraus, daß dieses Legat, obgleich es Legat optimo jure ist, dennoch nicht den gesetzgeberischen und specifisch-römischen Charakter haben kann, den wir oben (Nr. XV) als eine begrifflich nothwendige Seite des Vindicationslegats entwickelt haben; d. h. es folgt hieraus schon, daß die Sache überhaupt nicht im quiritarischen Eigenthum des Erblassers gestanden zu haben braucht, sondern durch dieses erst durch den Erben wirkende Legat auch bonitarische Sachen gerade so gegeben werden können, wie sie überhaupt unter Lebenden veräußert werden können. Denn das quiritarische Eigenthum des Testators war, wie wir oben sahen, nur deshalb nöthig, weil dasselbe durch den Todten selbst — beim Dasein des Erben, d. h. bei der durch die Erbantretung gewiß gewordenen Willensfortdauer des Testators — gegeben, also, wie wir daselbst sagten, auf die römischste Weise von der Welt gegeben wird und wegen dieser gesetzgeberischen, d. h. mit der ganzen Wucht des bestimmten öffentlichen Volksgeistes ausgerüsteten Weise des Gebens unmittelbar als specifisch-römisches Eigenthum des Legatars gesetzt wird, weshalb aber eben diese Weise des Gebens sich nur auf Sachen erstrecken kann, an denen dem Testator zuvor selbst dies specifisch-römische, quiritarische Eigenthum zustand.

Soll das aber alles richtig sein, was wir hier sagten, so würde zunächst noch ein anderes folgen müssen. Es würde nämlich hier wieder hell und deutlich hervortreten müssen, mit welchem Rechte wir oben (S. 150 fg.) sagten, daß der Todte stärker und mächtiger sei als der Lebende. Da nämlich die per damnationem legirte Sache nicht vom Todten selbst, sondern durch den Erben, und also unter Lebenden gegeben wird, so würde die legirte Sache nicht durch das Legat als solches, auch nicht durch ihre Ueberlassung seitens des Erben, nicht selbst

durch ihre Uebergabe durch den Erben an den Legatar in das Eigenthum des Letztern übergehen können, sondern dieser Uebergang in das Eigenthum desselben wird nur bewerkstelligt werden können durch das Hinzutreten jener Formen, welche, je nach der Beschaffenheit der Sache, allein Eigenthumsübertrag unter Lebenden hervorzubringen im Stande sind. Und so sagt Gajus ausdrücklich, II, §. 204: „... et tum heres, si mancipi sit, mancipio dare aut in jure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit; nam si mancipi rem tantum tradiderit, nec mancipaverit, usucapione dumtatat pleno jure fit legatarii."

Die Sache muß also, wenn sie res mancipi ist, vom Erben dem Legatar mancipirt oder in jure cedirt werden, um sie zum Eigenthum desselben zu machen; wenn sie res nec mancipi ist, ist mindestens die Tradition erforderlich. Es muß dies sein, und der Begriff behauptet mit jedem Schritt sein siegreiches Recht; denn das Damnationslegat ist, weil bei ihm der Erbe die Sache als sein Eigenthum gibt, nicht mehr ein Geben des Todten, und also der Kraft desselben beraubt, die Sache durch bloßen Willensact als Eigenthum des Dritten zu setzen; sondern es ist ein Geben unter Lebenden geworden[1], und daher nur in denjenigen Formen zu vollbringen, welche für Veräußerungen unter Lebenden maßgebend sind.

---

[1] Und man bemerke, wie Schritt für Schritt die Vollendung des Testamentsrechts, um der fictiven Natur des zu Grunde liegenden Begriffs willen, sich als ein ebenso fortgesetztes beständiges Scheitern darstellt. Es ist die ungeheure riesenhafte Anstrengung, das zu vollbringen, was gar nicht vollbracht werden kann. Beim Vindicationslegat scheitert der Wille, der sich im Testamente fortsetzen will, daran, daß er, wie wir oben gesehen haben (S. 160 fg.), sich in diesem Setzen vielmehr negirt. Durch seine Verfügung hat er in Bezug auf die Sache zu sein aufgehört, sie von sich abgetrennt, und der Legatar reclamirt sie nicht als die Sache des Testators, sondern als die seinige.

So erhebt sich das Legat zu seiner adäquatesten Blüte, zum optimum jus des Damnationslegats. Jetzt erhält der Legatar die Sache auf Grund des fortdauernden Willens des Testators, muß sie als Sache des Testators und des Erben begehren. Aber nun hat das Legat überhaupt aufgehört, als testamentarische Verfügung die Sache zu geben und ist zu einem Acte unter Lebenden geworden, was sich eben am deutlichsten in der Nothwendigkeit der Mancipationshandlung ausspricht!

XVI[b]. Das Damnationslegat als das reale Gesetztsein der Momente des Erbbegriffs, in seinen drei Formen: als Legat der dem Erben gebörenden Sache, als legatum rei alienae und als legatum rei futurae. — Die Accrescenz.

Aber hiermit kann der Kreis der vom Begriff hervorgetriebenen Consequenzen noch nicht geschlossen sein. Das Damnationslegat ist dasjenige Legat, welches, wie wir sahen, vom Erbbegriffe selbst durchdrungen ist. Indem also in ihm der Erbbegriff selbst erscheint, und zwar nicht mehr als blos ruhig seiende Willensfortsetzung, sondern indem er hier als das Thätige, auf sein Gegentheil, die legirte Sache, Gespannte und Bezogene auftritt, muß gerade hier, in dieser scharfen und gegensätzlichen Stellung des Erben, der wahre und wirkliche Begriff des Erbthums wie unter dem Reflex eines plötzlichen grellen Lichtes in der schneidendsten Markirung heraustreten. Wenn also wirklich das der wahrhafte Begriff des Erbthums ist, was wir vom Anfang dieser Abhandlung an entwickelt haben, daß nicht die Vermögensübertragung, sondern nichts anderes als die Willensfortpflanzung, die subjective Willensunsterblichkeit, der Begriff des Erbthums ist, so wird hier der Ort sein, wo dies in der gegensätzlichsten und jeder Verwischung unzugänglichen grellen Schärfe der Züge zum Vorschein kommen muß. Und in der That findet der entwickelte speculative Begriff hier seinen souveränen und jeden Widerspruch abschneidenden Beweis in drei Sätzen[1]: Der Erblasser kann die Sache legiren, die gar nicht sein, sondern nur des Erben Eigenthum ist. Er kann ferner die res aliena, d. h. die Sache legiren, die weder sein noch seines Erben Eigenthum, sondern das eines beliebigen Dritten ist. Er kann endlich die res futura legiren, d. h. die Sache, die noch gar nicht in rerum natura ist, sondern erst künftighin einmal existiren wird.

In dem ersten Satz zeigt sich die zutreffende Wahrheit des schon früher von uns zur Erklärung des Erbbegriffs (vgl. S. 97) angerufenen Verses des Plautus in seinen beiden Hälften. Wenn das Testament eine Vermögensübertragung wäre, so würde der Testator niemals dazu kommen können, über das selbständige Eigenthum des Erben zu disponiren. Da aber der Begriff der Erbeinsetzung vielmehr der ist, einen andern subjectiven Willen als die Fortexistenz und das identische Dasein des eigenen Willens zu setzen, so findet eben Willensidentität zwischen beiden statt, und der Erblasser wird also nothwendig

[1] Gajus, II, §. 202, 203, 210; Ulpian, XXIV, §. 8, 10.

ebenso Willensherr über das Vermögen des Erben, als dieser über das Vermögen des Erblassers, wie dies (vgl. Nr. VIII) als aus dem Begriffe folgend näher gezeigt worden ist und sich hier nur an diesem Legate praktisch bestätigt.

Auf das stärkste tritt in dem zweiten Satze, dem Legate der weder Erben noch Erblasser gehörenden Sache, der wahre geistige Begriff des Erbthums in seiner von uns entwickelten culturhistorischen Tiefe und Bedeutung (vgl. S. 24 fg.) hervor. Wenn das Erbthum in seinem Begriffe eine Vermögenszuwendung, das Testament eine Verfügung des Testators über sein Vermögen wäre, so würde es keine Brücke geben, welche dahin führte, die Sache eines Dritten legiren zu können.

Der testamentarische Erbe ist aber, sagten wir, die römische Unsterblichkeit, d. h. diejenige geistige Unsterblichkeit, welche sich der welthistorische Geist auf der römischen Stufe erobert, die Unsterblichkeit des subjectiven Willens. Der Wille ist aber, wie wir gleich anfangs als seinen Begriff entwickelten (S. 18 fg.), nichts anderes als der Trieb des Subjects, sich in der Außenwelt zu realisiren und dieselbe sich zu unterwerfen. Der subjective Wille ist durchaus nicht, wie wir, worauf hier Bezug genommen werden muß, schon oben (S. 25) als begrifflich nothwendig und als besonders kennzeichnend nachgewiesen haben, auf das Eigene der wollenden Person, auf ihr Eigenthum beschränkt. Er hat in dem eigenen Vermögen der Person nur die unmittelbar gegebenen Mittel seiner Ausführung, aber durchaus nicht die Grenze und das ausschließliche Object seines Wollens, die er vielmehr nur in der gesammten Außenwelt hat. Soll also die von uns in Anspruch genommene, gleichsam supranaturalistische Bedeutung der subjectiven Willensfortdauer wirklich die centrale Bedeutung des Erbthums sein, soll diese Fortdauer eine reale sein, so muß der Wille des Testators noch nach seinem Tode fortleben und der gesammten Außenwelt gegenüber fortwirken und fortgelten können, ganz wie während des Lebens des Individuums.

Darum muß der Testator durch das Damnationslegat, durch welches er den Erben nach seinem Willen handeln läßt, auch die res aliena legiren können, und der Erbe ist nun verpflichtet, die Sache herbeizuschaffen, oder, wenn des Testators Wille an der Souveränetät eines andern Ich, an der Unabhängigkeit des Eigenthümers, der sie nicht verkaufen will, zerschellt und auf Unmöglichkeit stößt, und er also die Sache in ihrer specifischen Körperlichkeit nicht übergeben kann, mindestens das Mögliche aus dem testirenden Willen zu erfüllen und ihren allgemeinen Tauschwerth dem Legatar abzuführen (Gajus, II, 202: ... aut *aestimationem* ejus dare debet"). Vgl. Bd. 1, S. 87, Note 4, S. 190, Note 1.

In dem legatum rei alienae feiert also die subjective Willensfortdauer deshalb ihren höchsten Triumph, weil sie sich durch dasselbe der gesammten objectiven Außenwelt gegenüber als fortbestimmend und fortwirkend bethätigt. Und ganz merkwürdig deutet uns in einem nunmehr ganz klaren, obwol bisher gleichfalls stets übersehenen Sinnzusammenhange Gajus an, ebendeshalb sei das legatum per damnationem das optimum jus, weil durch dasselbe die res aliena legirt werden könne. „Comm., II, §. 197: „. . . optimum autem jus est per damnationem legatum, *quo genere etiam* aliena res legari potest . . ."

Wenn aber das Erbthum wahrhaft die realisirte Willensfortdauer des Todten sein soll, so darf der Wille des Todten nicht etwa, wie wir gleichfalls schon früher zeigten (S. 22 fg.), nur einen Augenblick über den Tod hinaus fortdauern, um dann zu erlöschen, wie dies für die bloße Vermögensübertragung hinreichend wäre, sondern er muß überhaupt und ins Unendliche als fortexistirend gesetzt sein, d. h. so lange natürlich, als der Erbe, der das Dasein dieses Willens bildet, da ist, wodurch aber, da der Erbe wieder seinerseits einen Erben, d. h. Willenserhalter hinterläßt, das Dasein dieses Willens ins Unendliche continuirt ist. Ist der subjective Wille so für alle Zukunft als daseiend gesetzt, so braucht er sich in seinen Wirkungen nicht auf die zur Zeit des Todes vorhandene Welt zu beschränken, sondern hat die Bewährung seiner Unendlichkeit gerade darin, daß er auch über die in Zukunft erst entstehende Sache schalten und walten kann. Er kann also über noch gar nicht Vorhandenes, über ein Kind, das künftig einmal eine Sklavin gebären wird, oder über Früchte, die in Zukunft auf einem Acker gewachsen sein werden, verfügen. Gajus, II, 203: „Ea quoque res quae in *rerum natura non est*, si modo *futura est*, per damnationem legari potest, velut fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit."

Kaum bedarf es noch der Erwähnung, daß bei dem Damnationslegat, weil hier die Sache zunächst Eigenthum des Erben bleibt, wenn von conjunctim gesetzten Legataren einer fortfällt, die Accrescenz seines Antheils, im Unterschiede vom Vindicationslegat, zu Gunsten des Erben, unter dessen Willensherrschaft die Sache ja steht, laufen und der Antheil also *jure civili* in der Erbschaft bleiben muß.[1]

[1] Ulpian, Fr. XXIV, §. 13; Gajus, II, §. 206.

XVII. Das Damnationslegat als das auf den Erbbegriff, und damit auf die Totalität der Erbschaft bezogene Legat, oder das legatum partitionis. — Der heres ex certa re.

Der Begriff des Legats überhaupt ist, daß Sachen übertragen werden, im Gegensatz zum Willen, der auf den Erben übertragen wird. Der besondere Begriff des Damnationslegats ist, daß dies Sachvermächtniß durch den Willensträger selbst, dem ein Handeln aufgetragen wird, zur Ausführung gebracht werden soll.

Durch das Vindicationslegat können immer nur einzelne Sachen vermacht werden, zwar alle einzelnen Sachen, aber immer nur als einzelne, und zwar nothwendig deshalb, weil der Begriff dieses Legats, wie wir gesehen haben, der ist, die Sache von der Willensherrschaft des Testators abzustoßen, abzuschneiden. Bei dem Damnationslegat dagegen, welches nicht mehr bei dem abstracten Gegensatz von Wille und Sache stehen bleibt und das Vermächtniß durch die Abtrennung der Sache vom Willen vollbringt, sondern den Erben selbst zum Handelnden macht, kann also diese Beschränkung nicht mehr stattfinden. Weil der Begriff des Legats principiell durchaus nicht im Gegensatze vom Einzelnen und Ganzen der Erbschaft, sondern schlechterdings nur in dem angegebenen Gegensatze von Wille und Object liegt, muß es hier gestattet sein, ebenso gut wie einzelne Sachen auch einen universellen Antheil der Erbschaftsmasse, und zwar jede beliebige Quote derselben zu legiren. Dies zeigt sich im legatum partitionis, welches sich, da der Erbe darin zum Handelnden gemacht ist, als eine einfache begriffliche Unterart des Damnationslegats darstellt.

Ulpian, Fr. XXIV, §. 25: Sicut *singulae res* legari possunt, ita *universarum quoque summa* legari potest, ut puta hoc modo, heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito; quo casu dimidia pars legata videtur. Potest autem et alia pars, velut tertia, vel quarta legari, quae species partitio vocatur.[1]

Nichts kann also entscheidender zeigen, als das Partitionslegat, daß der Gegensatz des Einzelnen und des Ganzen des Vermögens gar nicht, wie Gans überall meint und überdies allgemein angenommen wird, den Begriff des Legats bildet. Gans wiederholt gerade noch bei diesem Anlaß (II, 209): „Das Legat verhält sich zur Erbschaft wie ein Einzelnes zum Ganzen.“ Nein! Das Legat verhält sich zur Erbschaft wie das Object zum Willen, und nur weil der Wille das Allgemeine

[1] Vgl. Gajus, Comm., II, §. 254.

(nicht Ganze) der einzelnen Objecte bildet, die unter seiner Herrschaft stehen, hat auch jener Satz von Gans seine relative, häufig äußerlich zutreffende Richtigkeit, kann aber niemals den Begriff und die geistige Bedeutung von Legat und Erbrecht angeben, und ebenso wenig auch nur äußerlich-praktisch überall zutreffen.[1] Der durch solche Verfügung Bedachte erhält in dem von Ulpian gesetzten Fall ganz dieselbe Totalität der Hinterlassenschaft, wie der Erbe; er erhält sie nicht nur factisch, d. h., wie Gans (S. 210) sehr willkürlich und gegen die directe Thatsache sagt „zu lauter Einzelnen und diesen (Gegenständen) abgezählt", sondern er erhält sie auch ausdrücklich als Totalität: hereditatem meam partito, dividito. Er ist also gesetzt als ein Solcher, der dieselbe Vermögenstotalität haben soll, wie der Erbe. (Er kann selbst, wie die Worte Ulpian's zeigen, soweit die lex Falcidia nicht verletzt wird, noch einen viel größern Totalitätsantheil erhalten, als der Erbe.) Gleichwol bleibt der so Bedachte immer nur ein bloßer Legatar, denn was ihm so übertragen wird, ist immer nur — ob als Einzelnes, ob als Totalitätsantheil — Gegenständlichkeit, materielle Vermögenshinterlassenschaft, Sache, nicht Wille, was allein den Begriff des römischen Erben constituirt.[2]

---

[1] So scheitert er z. B. völlig, wie beim Partitionslegat, auch beim legatum rei alienae, und schon beim Legat der Sache des Erben. Denn wäre der Gegensatz des Einzelnen zum Ganzen der Erbschaft der Begriff, so könnte nun immer ein Einzelnes aus der Erbschaft, also aus dem eigenen Vermögen, legirt werden. Da aber der Begriff des Erbthums nur die Willenserhaltung ist, und der Wille zu seinem begrifflichen Gegenstand nur die gesammte Außenwelt hat, der Gegensatz von Erbe und Legat also nur der von Wille und Object überhaupt ist, so muß auch das fremde Object vermacht werden können, was daher bei Gans (II, 200) gleichfalls eine nicht begriffene Thatsache bleiben muß. So scheitert also dieser Begriff ebenso sehr an dem Legat selbst, wie wir früher gesehen haben, daß er unfähig ist, das Erbthum zu erklären.

[2] Dies ist so sehr der Begriff des Erben, daß ihm gar keine Sache gegeben werden kann. Hierdurch würde er zum Sachempfänger, d. h. Legatar werden. Der Erbe kann die Sachen immer nur als Folge dessen haben, daß er ist (heres *esto*), der daseiende Wille des Testators ist; aber die Sache geben kann ihm selbst der ausdrückliche Wille des Testators nicht, ohne, wie wir gleich sehen werden, ihn zum Legatar zu machen. Dies zeigt sich mit der strengsten und interessantesten speculativen Consequenz beim heres ex certa re. Wird nämlich jemand ausdrücklich vom Testator für eine bestimmte Sache zum Erben eingesetzt, so schlägt und beseitigt der ihm einmal aufgedrückte Charakter als Willensinhaber des Todten die Beziehung auf die Sache, deren Erbe allein er sein sollte, und er ist Erbe überhaupt, als wäre nichts von der Sache hinzugefügt. Ulpian, L. 1, §. 4 de her. inst. (28, 5): „Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio *detracta fundi mentione*."

Der Erbe kann also negativ auf eine Sache beschränkt werden, indem die

Und ebenso wenig hört der Erbe dadurch auf, Erbe zu sein, obwol er dieselbe oder größere Vermögenstotalität als solche, die er bekommt, abzugeben angewiesen wird. Denn abgebend bekundet er sich gerade als der, den der Testator handeln macht als der echte Willensträger i. e. Erbe desselben.

Es ist daher nur die Folge dieses Verkennens des waltenden Begriffs, welche Gans dazu bringen muß, das Partitionslegat als eine „Unangemessenheit" zu bezeichnen (S. 210) und die Rache für diese Unangemessenheit des Verstandes darin zu sehen, daß die Schulden allein auf den Erben übergehen, dieser sich daher erst mit dem Legatar durch besondere Stipulationen partis et pro parte wegen der Schulden sichern muß. Es ist dies vielmehr nur die consequente und echt speculative Folge des civilrechtlichen Erbbegriffs, während der Legatar, der nur ein

---

andern Sachen sämmtlich von der Erbschaft abgestoßen werden (Vindicationslegat), oder ihm aufgetragen wird, sie abzugeben. Aber in positiv-directe Beziehung auf die Sache kann er selbst durch den Willen des Testators nicht gebracht werden. Der Willensbegriff in ihm greift sofort über und beseitigt die unmittelbare Beziehung. Es kann ihm nichts vom Testator gegeben werden; denn sowie ihm der specielste Gegenstand mit der Erbformel gegeben wird, stößt sein hierdurch erzeugter Begriff, Willenscontinuator zu sein, die Sache als eine gegebene von sich ab und unterwirft sie, wie alles, was in der Erbmasse vorhanden ist, seiner eigenen, aus seinem eigenen Rechte als Willensdasein des Todten fließenden Herrschaft. Die entwickelte Natur des Begriffs tritt endlich noch deutlicher hervor, wenn nicht ein, sondern mehrere Erben ex certa re eingesetzt sind. Wieder wird durch die Kraft des civilrechtlichen Begriffs jeder von ihnen zum Erben zu gleichen Theilen, als lautete die Erbeinsetzung nicht auf eine bestimmte Sache; die hinzugefügte Sache aber wird zum Präceptionslegat, d. h. es wird zur Bestätigung dessen, was wir am Eingang dieser Note sagten, daß der Testator dem Erben als solchem nicht geben kann, dieser vielmehr hierdurch nothwendig zum Legatar würde, der Erbe thatsächlich und durch die bloße Operation des Begriffs von selbst zum Legatar für die gegebene Sache verwandelt. Ulpian, L. 35 pr. de her. inst. (28, 5): „Dicebam *receptum* esse, *rerum heredem* institui posse (schon die bloße Versicherung, es könne in gewisser Weise ein rerum heres eingesetzt werden, hätte unsern Autoren die größte Verwunderung und dadurch ihr Nachdenken veranlassen sollen, da sie bisher ja jeden Erben inhaltlich immer nur als einen rerum heredem auffaßten), nec esse inutilem stipulationem; sed ita ut *officio Judicis* familiae herciscundae cognoscentis contineatur, etc. etc.; *erunt quidem heredes ex aequis partibus* quasi suis partibus instituti; verumtamen *officio Judicis* tenebuntur, ut unicuique eorum fundus qui relictum est adjudicetur aut attribuatur." Papinian, L. 78 pr. eod. tit.: „. . . *jure* semisses ambos habere constitit, sed *arbitrum* dividendae hereditatis supremam voluntatem etc." Gajus, L. 17 de test. mil. (29, 1): „Si certarum rerum instituerit miles, veluti alium urbanorum praediorum, alium rusticorum, alium ceterarum rerum, valebit institutio, *perindeque habebitur atque si sine partibus heredes eos* instituisset, *resque omnes suas per praceptionem cuique legando distribuisset.*"

Vermögensactivum empfangen hat, an und für sich mit den Schulden nichts zu thun haben kann.

Wenn aber der Testator dem Erben dies Abgeben des gleichgroßen und größern Antheils, den er selbst empfängt, auftragen kann, so kann er ihn zunächst doch nicht beauftragen, die gesammte Totalität als Totalität abzugeben. Denn wenn er ihn sehr wohl zum Abgeben des ganzen Vermögens durch Verfügung über alle einzelnen Objecte beauftragen, oder durch Vindicationslegate alle diese von seiner Willensherrschaft abstoßen kann, so würde es doch, wie wir schon früher gesehen haben, formell den Begriff des Erben verletzen (s. hierüber oben S. 117 fg.), die gesammte Totalität als Totalität fortzugeben. Denn das Vermögen der Person als einfaches Ganzes gesetzt, drückt nicht mehr blos einzelne Sachen, oder einen Umfang von Sachen, sondern die Realität ihres Willens aus, das gegebene unmittelbare reale Dasein dieser Willenssubjectivität. Der Erbe soll nun selbst das reale Dasein des erblasserischen Willens darstellen. Es muß daher widersprechend erscheinen, während er selbst diese Realität sein soll, ihm dieselbe als solche, als einfache Einheit, wieder abzusprechen. Soll dies gleichwol geschehen, so muß es also mit Berücksichtigung jenes formellen Rechts des Erben, d. h. bittweise geschehen (Fideicommiß), bis dann die Dialektik des Umstandes, daß nach jus civile durch Einzelverfügungen dasselbe Resultat zu erreichen freistand, der Bitte Zwang verleiht. (S. hierüber genauer oben sub Nr. IX.)

Das Fideicommiß erweist sich so seitens des Fideicommissars als ein Ausfluß des Damnationslegats.

XVIII. Die Selbstaufhebung des Damnationslegats. Das Gesetztsein seiner Widersprüche, oder das legatum sinendi modo.

Wir haben aber bereits gezeigt (S. 164—165), daß der Begriff des Testaments im Damnationslegat nicht weniger, wenn auch in umgekehrter Weise, scheitert als im Vindicationslegat. Denn aus der testamentarischen Verfügung ist jetzt ein Geben der Sache als Eigenthum des Erben und folgeweise ein Act unter Lebenden geworden, sodaß, wie wir an der Nothwendigkeit der Mancipationshandlung gesehen haben, der Erbe erst die Gültigkeit der Eigenthumszuwendung hervorbringen muß, die ja gerade als Wille des Todten Gültigkeit haben soll.

Das Testament versucht daher, auch diese Negation seiner selbst aufzuheben und, *indem es durch den Erben handelt*, doch den Erben wieder zu *beseitigen* und durch sich selbst zu geben, was es gibt.

Diese neue Anstrengung, welche die dritte und letzte Form des Legats, das legatum sinendi modo, erzeugt, bringt es aber nur zu dem *offenen Heraustreten der bisher innerlich im Legat verborgenen Widersprüche*, sodaß das legatum sinendi modo als die *vollständige Auflösung* des Legats überhaupt erscheint, und die jetzt *offen* hervorgetretenen Widersprüche des Begriffs Schritt für Schritt das Aufeinanderplatzen der Controversen nach sich ziehen müssen.

Die Formel dieses Legats lautet: „Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere.“[1] Schon in dieser äußerlichen Formel tritt der Begriff dieses Legats vollkommen klar zu Tage. Es ist kein unmittelbares Geben durch den Testator, wie das Vindicationslegat, sondern ein Handeln desselben durch den Erben, ein Willensauftrag an diesen. Es ist daher ein *Damnationslegat*, und darum heißt es auch in der Formel „damnas esto“. Andererseits soll aber der Erbe wieder verdrängt werden, damit der Testator *selbst* als das Handelnde zum Vorschein komme. Die Handlung, welche dem Erben aufgetragen wird, ist daher ein *Nichthandeln*, ein Nichtgeltendmachen seines Erbrechts, eine reine *Passivität*. Damit also das Testament selbst als das Handelnde zum Vorschein kommt, hat der Erbe nur *zuzulassen*, und zwar dies zuzulassen, daß der Legatar selbst auf Grund des Testaments, wie beim Vindicationslegat, die Sache nimmt und für sich hat, und es werden deshalb consequent vom Vindicationslegat die Worte und die Formel aufgenommen: „sumere sibique habere“. Dieser Charakter des Vindicationslegats wird aber wieder dadurch aufgehoben, daß das Legat durch den Erben gehen soll, und also ein Damnationslegat ist, und dies wird wieder dadurch aufgehoben, daß der Erbe sich bei Seite halten und der Legatar sich direct auf Grund des Testaments nehmen soll, daß es also ein Vindicationslegat ist, und dies wird wieder in unaufhörlichem Wechsel negirt durch das erste Glied, wie dieses durch das zweite, und umgekehrt ins Unendliche. Das legatum sinendi modo ist also nicht die *Einheit*[2] des Damnations- und Vindi-

[1] Gajus, II, §. 209.

[2] Wie Gans, II, 201 fg., meint, der aber bei dieser Ansicht deshalb stehen bleiben muß, weil er völlig übersieht, wie sowol das Vindications- als das Damnationslegat jedes schon seinem eigenen Begriffe *widerspricht* und die testamentarische Willensfortdauer *ebenso aufhebt* wie verwirklicht, wie wir dies oben ausführlich nachgewiesen haben. Erst durch diese Darstellung wird dem testamentarischen Erbrecht mit seiner objectiven Entwickelung auch seine *objective Kritik* zu Theil.

cationslegats, sondern der herausgesetzte Widerspruch eines jeden von beiden mit sich selbst, der geoffenbarte Widerspruch und die objectiv gewordene Unmöglichkeit, die im gesammten Legats- und testamentarischen Erbbegriff liegt. Der Wille kann wol sagen: Titius soll mein Dasein sein, ohne sich dabei schon in sich selbst zu widersprechen. Er stellt damit nur ein unmögliches Postulat auf, dem blos die Realität widerspricht, weil Titius in alle Ewigkeit ein anderer subjective Wille als der Sagende ist und bleibt. Wenn aber der Wille nun weiter geht und zum Beweise seiner realen Fortdauer sich von sich selbst unterscheiden und reale Bestimmungen (Legate) treffen will, dann muß die von Anfang an vorhandene Unmöglichkeit des fictiven Begriffs ihm als Widerspruch mit sich selbst zu allen Poren herausschlagen, und das Ringen gerade, diesen Widerspruch, in welchen der Wille jedesmal im Vindications- wie im Damnationslegat innerlich mit sich selbst geräth, zu überwinden, kann, weil dieser Widerspruch sein nothwendiges Schicksal, in nichts anderes als in den offenbar gewordenen und herausgesetzten Widerspruch als solchen, d. h. in die vollständige Auflösung des Legats münden, eine Auflösung, welche aber der an seine eigene Substanz gläubige Geist ganz naiv wieder als eine dritte und neue Form des Legats auffaßt.

Das Gesagte wird sich sofort zum nähern Nachweis bringen. Die Folge dieser totalen Auflösung des Legats selbst, die im legatum sinendi modo vor sich gegangen, äußert sich sofort darin, daß hier bei jedem Schritt die Controversen aufeinanderstoßen, welche nur der Ausdruck der in diesem Legat gesetzten Widersprüche sind. Diese Controversen können hier auch nicht blos diejenigen der beiden Schulen sein, denn ihr Quell liegt hier durchaus nicht blos in der Auffassungsweise, in einem innern Widerspruch, sondern dieser ist eben äußerlich herausgetreten. In der That ist bei diesem Legat nichts sicher, als daß der Testator auf diese Weise nur seine Sache und diejenige, welche schon zur Zeit seines Todes dem Erben gehörte, nicht aber die res aliena, legiren kann.[1]

Dieser Punkt ist nach beiden Seiten hin nothwendig. Der Testator muß die Sache des Erben so legiren können, denn als Auftrag für den Erben wirkt dies Legat durch den mit dem Erblasser identischen Willen desselben, und verfügt also ebensowol über die der Willensherrschaft des Erben als des Testators unterworfenen Gegenstände. Als Auftrag dagegen zu einem bloßen Zulassen kann dies Legat den Erben nicht zu einem Handeln nach außen in Bewegung

[1] Ulpian, Fr. XXIV, §. 10; Gajus, II, §. 210.

setzen und ihn daher nicht zwingen, die Sache herbeizuschaffen und zu erwerben.

Von hier ab ist alles streitig und der Streit kein zu schlichtender, weil er eben nur der Ausdruck des innern Widerstreits des Begriffs ist. Zunächst muß schon streitig sein, ob zur Gültigkeit des Legats erforderlich ist, daß die Sache schon zur Zeit des Todes im Eigenthum des Erben war, oder ob es auch dann gültig ist, wenn sie erst später in sein Eigenthum gelangt. So viel zwar muß feststehen, daß die Sache keineswegs schon zur Zeit der Testamentsanfertigung dem Erben zu gehören braucht, denn da dies Legat nicht (vgl. oben S. 155 fg., 164 fg.) eine Abtrennung der Sache, sondern ein Auftrag an den Willen des Erben darstellt, so muß es jedenfalls völlig hinreichend sein, wenn der Gegenstand in dem Momente unter der Willensherrschaft des Erben steht, in welchem seine Willensidentität mit dem Erblasser — rückwirkend durch die spätere aditio — reell geworden und er als sein Fortsetzer eingetreten ist. Ist es nun aber nöthig, daß die Sache schon zu dieser Zeit des Todes dem Erben gehört, oder bleibt das Legat gültig, wenn er sie auch erst später erwirbt? Diese Frage ist schon nicht mehr zu lösen. Denn einerseits hat der zur Zeit des Todes wirksam werdende Wille des Testators den Erben nur zu einem Lassen bestimmt, er konnte also nur über das bereits damals Seinige verfügen. Oder tiefer gesagt: Durch das legatum sinendi modo wollte ja eben, und deshalb verschmähte er das Damnationslegat, der Testator den Erben verdrängen und selber als der testamentarisch Gebende zum Vorschein kommen. So konnte er über die Objecte des Erben verfügen; aber als Handelnder und somit auch als künftig Erwerbender sollte derselbe ja gerade nach dem Begriff dieses Legats bei Seite bleiben, und die Consequenz dieses Begriffs erfordert daher, daß sich dasselbe auf die künftigen Erwerbshandlungen des Erben nicht erstrecken kann. Umgekehrt ist aber der Wille, den der Erblasser dem Erben aufdrückt, ein bleibender. Der Erbbegriff ist gerade, wie wir häufig gesehen haben, dies, daß der Erbe nicht blos einen Augenblick nach dem Tode, sondern das fortdauernde Dasein des erblasserischen Willens ist. Der Erbe muß also jederzeit lassen, d. h. jederzeit das zulassen, was sich durch sein bloßes Lassen bewirken läßt. Weil also der Testator hier wieder nicht direct über die Sache, wie durch das Vindicationslegat, sondern über den Willen des Erben verfügt, muß die Wirkung eine dauernde sein, gleichviel zu welcher Zeit der Gegenstand in sein Eigenthum gelangt. Es ist also ganz gleichgültig, für welche von beiden Meinungen man sich entscheidet. Gleich richtig und gleich falsch, sind sie nur das unvermeidliche Aufeinanderplatzen des aufgezeichneten begrifflichen Widerspruchs. Eine Entscheidung vom civilistischen Standpunkt ist hier nicht möglich.

Und daß auch die erstere Meinung Vertheidiger findet, ja, daß diese gerade die Mehrzahl bilden, wie Gajus bezeugt, beweist nur, mit welcher Stärke im römischen Bewußtsein der von uns entwickelte Begriff dieses Legats, als das zum Vorschein Kommen und Verdrängen des im Damnationslegat vom Erben verdrängt gewesenen Testators, thätig ist. Gajus, II, §. 212: „Quod si *post mortem* testatoris ea res heredis esse coeperit, *quaeritur*, an utile sit legatum, *et plerique putant* inutile esse."

Noch stärker aber tritt immer derselbe Widerspruch bei der Frage hervor, wie denn die so legirte Sache überhaupt in das Eigenthum des Legatars übergeht.

Da hier die Sache nicht durch die gesetzgeberische Verfügung des Vindicationslegats unmittelbar als die eigene Sache des Legatars gesetzt worden ist, oder mit andern Worten, da sie nicht von der im Erben fortexistirenden Willensherrschaft des Erblassers, wie im Vindicationslegat, abgestoßen und abgeschnitten worden ist — denn diese Selbstnegirung des Willens im Vindicationslegat will der Wille eben vermeiden, indem er die Sache als die seinige reicht —, so steht sie noch unter der Willensherrschaft des Erben, gehört ihm also noch, und es wird darum am Erben sein müssen, sie zur Sache des Legatars zu machen. Darum sagt Gajus, II, §. 213: „Sicut autem per damnationem legata res non statim post aditam hereditatem legatarii efficitur, sed *manet heredis* eo usque donec is heres tradendo vel mancipando vel in jure cedendo legatarii eam fecerit, *ita et in sinendi modo legato juris est;* et *ideo hujus quoque legati nomine in personam actio* est: *Quidquid heredem ex testamento dare facere oportet.*"

Allein, wenn der Erbe so die sinendi modo legirte Sache gleichfalls erst durch Mancipation zum Eigenthum des Legatars machen muß, so ist ja das legatum sinendi modo als eine eigene Art des Legats ganz fortgefallen und schlechthin zum gewöhnlichen Damnationslegat geworden. Die testamentarische Verfügung, die gerade, um als solche zu wirken und zum Vorschein zu kommen, vom Damnationslegat abgehen und eine neue Art des Legirens schaffen wollte, hat diesen Zweck gänzlich verfehlt und ist wieder, ganz wie beim Damnationslegat, in den Act unter Lebenden umgewandelt, welcher ihr erst die Kraft und Wirksamkeit der Eigenthumsübertragung verleiht.

Da es aber gerade der Begriff dieses Legats war, den Erben als Gebenden zu verdrängen und den Testator selbst durch diese testamentarische Verfügung als das Gebende zum Vorschein zu bringen, somit gerade den Act unter Lebenden zu beseitigen — und deshalb eben wurde der Erbe nur angewiesen, zu lassen, und der Legatar direct,

wie beim Vindicationslegat, „zu nehmen und für sich zu haben" —, so muß diese Consequenz falsch und die Vornahme der Mancipation, in jure Cession oder Tradition durch den Erben hier überflüssig sein. Und darum fährt Gajus fort, II, §. 214: „Sunt tamen qui putant ex hoc legato non videri obligatum heredem, ut mancipet aut in jure cedat aut tradat, sed sufficere, ut legatarium rem sumere patiatur, quia nihil ultra ei testator imperavit *quam ut sinat*, id est *patiatur*, legatarium rem sibi habere." Diese Ansicht ist, wie die ihr von uns gegebene Entwickelung zeigt, keine bloße Wortreiterei, sondern beruht vielmehr, da die Formel selbst nur der Ausdruck des Begriffs ist, auf dem innersten Begriffe dieses Legats.

Aber gleichwol ist diese Ansicht ebenso falsch, wie die vorige. Denn es ist offenbar, daß auf diese Weise das Eigenthum der Sache auf den Legatar gar nicht übergehen würde. Wodurch sollte das Eigenthum übergegangen sein? Der Testator hatte die Sache nicht von der Willensherrschaft des Erben abgetrennt, und es wird niemand einfallen zu behaupten, daß der Legatar sie vindiciren könne; er hat vielmehr nur, wie Gajus deshalb mit Recht hervorhob, eine in personam actio gegen den Erben. Indem der Testator dem Willen des Erben einen Auftrag in Bezug auf die Sache gab, erkannte er vielmehr, daß sie unter diesem Willen stehen, bei seinem Tode Eigenthum desselben sein solle, was nicht bestritten werden kann. Wenn aber die Sache nun einem Lebenden gehört, so kann ihre Veräußerung wiederum nur durch die Formen bewirkt werden, welche allein Veräußerung unter Lebenden zu bewirken vermögen, und es wird daher hier mit derselben Nothwendigkeit, wie beim legatum per damnationem, die Mancipation u. s. w. nöthig sein, um das Eigenthum zu übertragen. Damit tritt aber wieder der vorige Widerspruch ein, und so geht das Ballspielen desselben mit sich selbst fort ins Unendliche.

Wir hatten also Recht zu sagen, daß das legatum sinendi modo nur die vollständige Auflösung und das Scheitern des Legats überhaupt darstellt, das Heraustreten des innern Widerspruchs im Legatsbegriffe selbst, welches wiederum nur die Aeußerung jener fictiven Natur des Erbbegriffs ist, vermöge welcher der Wille nach seinem Erlöschen fortexistiren und sich als fortexistirend bewähren will.

Es ist immer nur eine Folge desselben Begriffswiderspruchs, daß eine ebenso wenig zu entscheidende Controverse darüber ausbrechen muß, was eintreten soll, wenn sinendi modo mehreren Legataren disjunctim dieselbe Sache legirt ist. — Wenn per damnationem zwei Legataren dieselbe Sache legirt ist, so wird sie jedem von beiden vom Erben ganz

geschuldet.[1] Denn der Wille desselben ist angewiesen, sie jedem von beiden zu geben, und der Erbe muß daher, nachdem er sie dem einen Legatar überliefert, in Bezug auf das andere Legat, wie bei der res aliena, welche ihr Eigenthümer nicht ablassen will (vgl. oben S. 167), mindestens das Mögliche thun, und wenn er die Sache nicht in ihrer specifischen Körperlichkeit herbeischaffen kann, doch ihre allgemeine Materialität, den Tauschwerth, dem andern Legatar übergeben.[2]

Wie aber beim Legat sinendi modo? Die legirte Sache ist unter den Willen des Erben gestellt und dieser für jeden von beiden Legataren auf gleiche Weise angewiesen worden, ihm eine Sache zu überlassen, welche auch im Augenblick des erblasserischen Todes dem Erblasser resp. Erben gehörte, und daher sinendi modo legirt werden konnte. Der Erbe schuldet sie also auf gleiche Weise jedem von beiden Legataren und muß den Willen des Testators jedem von beiden gegenüber zum Dasein bringen. Er muß also, wenn er den einen Legatar die specifische Sache nehmen ließ, dem andern gegenüber nichtsdestoweniger seine Willensverpflichtung erfüllen und ihn, wie bei der nicht beizuschaffenden res aliena, das Sein der Sache für den Menschen, d. h. ihren allgemeinen Tauschwerth nehmen lassen.[3] Oder mit andern Worten: das legatum sinendi modo ist, wie wir früher sahen, weil auch das Lassen immer eine innere Willenshandlung darstellt, diejenige nämlich: von seinem Rechte keinen Gebrauch zu machen, immer auch ein Damnationslegat, und daher die Verpflichtung dieselbe. Ja, da Lassen gleichfalls eine Willenshandlung ist, kann man sogar sagen, daß der Erbe dem zweiten Legatar zur Entschädigung verpflichtet ist, weil er die für diesen bestimmte und in seiner Willensherrschaft befindliche Sache von einem Andern — dem ersten Legatar — nehmen ließ.[4]

Und diese Ansicht gerade ist es, die am meisten durchgedrungen ist.[5]

---

[1] Ulpian, Fr. XXIV, §. 13: „quod si disjunctim, singulis solidum debetur."

[2] Gajus, II, §. 205: „si vero disjunctim singulis solida res debetur, ut scilicet heres alteri rem, alteri aestimationem ejus praestare debeat".

[3] Mit Unrecht meint daher Gans, II, 202, der die gesammte Reihe dieser Controversen nicht entwickelt, weil ihm der wahre Testamentsbegriff entgeht, welcher in ihnen waltet und scheitert, bei der Erwähnung dieser letzten Controverse, daß die andere bald folgende Ansicht die consequentere sei wegen des Wortes: lassen. — Der Erbe könnte ja ebenso gut den zweiten Legatar den Tauschwerth nehmen lassen.

[4] Hierhin zielt das letzte Moment in der Antwort, welche die Anhänger der andern Ansicht bei Gajus, II, §. 215, ertheilen: „neque *dolo malo fecit*, quo minus eam rem haberet."

[5] Celsius, L. 14 de usu et usufr. (33, 2).

Aber umgekehrt sagt der Erbe mit demselben Recht: der Testator hat, indem er sinendi modo legirte, mich gerade außer Spiel bringen, und selbst als der Gebende zum Vorschein kommen wollen. Es existirt also bei diesem Legat nur der Testator und der Legatar als die thätigen, gebenden und nehmenden Parteien; ich selbst existire nur als ein Lassender, sich bei Seite Haltender, und halte mich daher ebenso bei Seite dem zweiten Legatar gegenüber, der die Sache nicht mehr, wie dem erstgekommenen, der die Sache noch in meinem Besitze vorfindet. Und so berichtet Gajus, II, 215: „Major illa dissensio in hoc legato intervenit, si eandem rem duobus pluribusve disjunctim elegasti; *quidam putant* utrisque solidum deberi, sicut per damnationem; *nonnulli* occupantis esse meliorem conditionem aestimant quia cum in eo genere legati damnetur heres patientiam praestare, ut legatarius rem habeat, sequitur ut si priori patientiam praestiterit et is rem sumpserit, securus sit adversus eum qui postea legatum petierit, quia neque habet rem, ut patiatur eam ab eo sumi neque dolo malo fecit quo minus eam rem haberet."

Dies sind die drei Formen des Legats, von welchen die andern Legate (per praeceptionem und per partitionem) nur Unterarten bilden. Das Legat mußte sich, wie wir gesehen haben, seinem eigenen Begriff zufolge, weil es den Gegensatz vom Sachvermächtniß zum Willensvermächtniß darstellt, zuerst als legatum per vindicationem bestimmen. Die Unangemessenheit aber, in welche in diesem Legat der testirende Wille mit sich selbst geräth, indem er, seine Fortexistenz an der Sache bewähren wollend, sich vielmehr selbst negirt, muß dieses Legat dazu treiben, über sich selbst hinauszugehen und sich zum legatum per damnationem zu entwickeln, in welchem der testirende Wille die Sache als die seinige, und somit in affirmativer Bewährung seiner Fortexistenz verabreicht. Aber auch diese adäquateste Realisirung und vollendetste Gestalt des Legats, in welcher dasselbe dem Erbbegriff nicht mehr abstract gegenübersteht, sondern von ihm durchdrungen und vermittelt ist, ist erst recht die höchste Selbstentäußerung des testirenden Willens. Denn die testamentarische Verfügung ist jetzt völlig untergegangen und zum Act unter Lebenden geworden.

Indem der Wille des Todten gegen diese neue Negation angehen und sich als das Selbstgeltende bewähren wollen muß, schafft er das legatum sinendi modo, kann aber sachgemäß durch dasselbe nichts Anderes zu Stande bringen, als das offene und positive Heraus- und Gegenübersetzen dieser bisher nur innerlichen Widersprüche, sodaß dieselben jetzt nicht mehr blos innerlich als Widersprüche des Begriffs und für den Begriff vorhanden, sondern, als herausgesetzte, auch für das

positive Recht da sind, und sich in jedem Punkt die aufeinanderplatzende Masse unlösbarer Controversen erzeugt, in welchen sich die Auflösung des Legats und das Scheitern des Testamentsbegriffs an seiner realen Unmöglichkeit objectives Dasein gibt. So ist beim Erbbegriff, wie anderwärts, seine objective Darstellung und Entwickelung zugleich seine alleinige und wahrhafte Kritik. Dem in seine Substanz versenkten und zum Bewußtsein über sich selbst aber noch nicht gelangten Geist kann diese objective Kritik, die er selbst in seinem Entwickelungsdrange vollzieht, noch nichts als Kritik erscheinen. Er faßt sie vielmehr immer nur als ein neues objectives Product und folglich das legatum sinendi modo, welches nur die herausgetretene Selbstauflösung des Testamentsbegriffs ist, ruhig als eine neue und dritte Form des Legats, welche friedlich neben die beiden andern tritt.

XIX. Die historische Entwickelung des Legats. Das SC. Neronianum und Justinian.

Die Umbildung aber, welche später durch das SC. Neronianum und endlich durch Justinian[1] mit dem Legate vorgeht, würde bereits kaum einer nähern Zergliederung bedürfen, da sie nur den ganz analogen, auf dem allmählichen Absterben des Begriffs beruhenden Verlauf nimmt, welchen wir oben bei dem Fideicommiß und der querela inofficiosi bis ins Einzelne dargethan haben, und ihr Verständniß also für jeden unter analoger Festhaltung jener parallelen Bewegung völlig klar zu Tage liegen muß.

In Kürze ausgeführt, ist diese geschichtliche Entwickelung folgende: Was in den Unterschieden der Legatendogmatik das gliedernde Element bildete, war, wie wir näher gesehen haben, die Anstrengung des erblasserischen Willens in der Bethätigung und Aeußerung seiner Willensfortexistenz, die in der Legatenverfügung vor sich geht, sich und seinen Willen als das allein Fortexistirende und Geltende, Vermögen wie Erben gegenüber, zur markirten Unterscheidung zu bringen und in betonter Differenziirung hervorzuheben; ein Streben, welches, wie wir ebenfalls sahen, ihm stets mißglücken und nothwendig in das Gegentheil umschlagen mußte, vielmehr sein Untergegangensein in den Legatar oder Erben hinein immer deutlicher zu manifestiren, sodaß das dritte Legat, das legatum

[1] L. 1 C. Comm. de leg. (6, 43); vgl. L. 21 C. de leg. (6, 37).

sinendi modo, nur das positive Gesetztsein dieser Widersprüche seines Wollens und Erreichens darstellt. Indem jetzt aber in dieser Legatsform das Zerschellen dieses Unterscheidens, das Nichterreichen dessen, was durch jenen Differenziirungstrieb erreicht werden sollte, gesetzt ist, sind somit auch dadurch schon die Unterschiede dieser Legatsformen zu an sich gleichgültigen, indifferenten geworden.

Der Erblasser muß jetzt einsehen, daß er es zu einer höhern, reinern Willensfortdauer als der im Erben gegebenen auf dem gesammten erbrechtlichen Gebiete nicht bringen kann, und daß sein Trieb, auch diesem gegenüber und in Unterscheidung von dem eigenen Willen desselben sich als die fortwollende Kraft aufzuzeigen, ein höchst illusorischer ist. Er hat in der Erschöpfung dieser Unterschiede gesehen, daß er bei diesem Triebe nur von der Scylla in die Charybdis, von dem Untergang im Erben in den noch schlimmern Untergang in den bloßen Sachempfänger hineinfällt. So bleibt ihm denn nichts übrig, als gegen den Untergang im Erben die Augen zuzudrücken und die andere Seite hervorzuheben, daß er in ihm ja den Willenserhalter haben soll. Aber freilich, das Geständniß von der Gleichgültigkeit dieser Unterschiede, von der Vergeblichkeit dieser Zermarterung an der unmöglichen Aufgabe, wird er nicht eher ablegen können, den Muth der Resignation, die zu diesem Eingeständniß erforderlich, wird er nicht eher in sich finden können, als bis er sich schon einige Zeit überhaupt daran gewöhnt hat, im Erben sein Grab zu finden und von seinem Willenserhalter sich Zwang anthun zu lassen, d. h. bis einige Zeit nach der lex Falcidia verflossen, von der wir ja gesehen haben, wie gerade hierin ihre That und Bedeutung besteht.[1]

Und so steht denn wieder Begriff wie Chronologie und ebenso die Entwickelung des Erbthums, wie die parallele des Legatensystems, in vollster innerer Uebereinstimmung bei der Hauptbresche, welche durch das unter Nero erlassene und nach ihm benannte Senatusconsult in die Dogmatik der Legatsunterschiede geschossen wird. Durch das SC. Neronianum wird verfügt, daß jedes bestimmte Legat, welches in seiner Bestimmtheit nichtig wäre — also ein Vindicationslegat, weil die legirte Sache nicht zu beiden Zeiten (des Testaments und des Todes) quiritarisches Eigenthum des Testators war, oder ein legatum sinendi modo, wenn die Sache eine res aliena ist —, doch so, als wäre es optimo jure legirt worden, d. h. als Damnationslegat aufrecht bleiben solle.

Ulpian[2]: „Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium, per vindicationem legata sit, licet jure

---

[1] Siehe oben Nr. VII.

[2] Fragm. XXIV, §. 11[a].

civili non valeat, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur, quo cautum est, *ut quod minus aptis verbis legatum est*, perinde sit, ac si optimo jure legatum esset; optimum autem jus legati per damnationem est."[1]

Vom juristischen Standpunkt aus kann man in diesem Senatusconsult die größte Freiheit der Legatenverfügung, somit eine höhere Entwickelung derselben und alles Beliebige sehen. Vom Standpunkt des strenglogischen Begriffs aus hat dasselbe, in präcisester Anpassung an die von ihm gegebene materielle Vorschrift, nur Eine präcise Bedeutung: die Unterschiede des Vindicationslegats, Damnationslegats, legatum sinendi modo sind zwar nicht aufgehoben. Denn jedes derselben soll ja in seiner Eigenthümlichkeit und mit seinen ihm eigenthümlichen civilrechtlichen Wirkungen bestehen bleiben, wenn civilrechtlich in der bestimmten Form legirt werden konnte, in der legirt worden ist. Die Unterschiede der Legate bleiben also noch bestehen und werden als bestehende erhalten. Aber wenn das Legat in seiner bestimmten Unterschiedenheit nichtig wäre, dann soll es von selbst seine Form wechseln, dann sollen diese Unterschiede ihre unterscheidende und ausschließende Kraft gegeneinander verlieren, und es soll angesehen werden, als ob es schlechthin Legat überhaupt, Damnationslegat, wäre.

D. h. also: die Unterschiede der Legatendogmatik bleiben bestehen, werden aber als gleichgültige gesetzt, als indifferente eingestanden. Das SC. Neronianum ist das seufzende Eingeständniß des ermatteten Testators: „Es ist ja Alles einerlei!"

Wenn die Unterschiede aber als gleichgültige gesetzt werden, so sind sie doch damit an sich aufgehoben — und was thut dann Justinian anders, als daß er dem durch das SC. Neronianum schon innerlich Geschehenen nur Ausdruck gibt? daß er das Geständniß des Testators, es sei ja alles Einerlei, nur beim Wort nimmt und aus Thatsachen in Worte übersetzt, wenn er in der schon oben angezogenen Constitution[2] sagt: die gesammten Unterschiede in der Legatendogmatik seien eine bloße Subtilität (quis vel vindicationis vel sinendi modo aliorumque generum legatorum subtilitatem prono animo admittet?), welche schon die Zeit vor ihm unerträglich gefunden (quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit etc.), und er wolle daher alle Legate auf Eine Natur zurückführen (omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis *unam naturam imponere?*).

Allein freilich, gerade durch dieses „beim Wort nehmen" des Te-

[1] Vgl. Gajus, II, §§. 197, 212, 222.
[2] L. 1 C. Comm. de leg. (6, 43).

stators entsteht nothwendig ein großer inhaltlicher Unterschied zwischen der Verordnung Justinian's und dem SC. Neronianum, der ebenso wenig übersehen werden darf.

Durch das SC. Neronianum waren die Unterschiede der Legatendogmatik noch als bestehende anerkannt worden, und so erzeugte jedes Legat, das in gültiger Weise hinterlassen worden war, noch die ihm eigenthümliche Wirkung, das Vindicationslegat die actio in rem, das Damnationslegat die actio in personam u. s. w. Allerdings hatte der Erblasser durch die Bestimmung, daß jedes in seiner Bestimmtheit nichtige Legat als Legat überhaupt (optimo jure) oder Damnationslegat fortwirken solle, die Unterschiede als gleichgültige gesetzt und das Geständniß abgelegt, daß Alles einerlei sei. Allein auch dieses Geständniß hatte er erst an *sich* oder *für uns* gesetzt. Für *sich selbst* hält er noch, worauf bereits oben hingedeutet, an der andern Seite der Sache, an ihrem noch positiven *Scheine* fest.

Das Legatum per damnationem ist ja, wie wir früher gezeigt, als Geben durch den fortexistirenden Willen (den Erben), die adäquateste Realisation des Erbbegriffs; gerade darum ist es Legat par excellence (Legat optimo jure) oder *Legat überhaupt*. Indem nun jedes für sich nichtige Legat noch als Legat *überhaupt*, als Legat optimo jure bestehen bleibt, klammert sich der Erblasser noch an den Trost an, daß er ja dadurch seine *höchste* Willensbethätigung und Fortdauer habe! Nachdem seine Anstrengung zerschellt ist, durch das Vindicationslegat und durch den Uebergang von dem schon gefundenen Damnationslegat zum Legat sinendi modo *sich* gegen dem Erben als das Fortwirkende zu differenziiren und ihm gegenüber aufzuzeigen, kehrt er — und darum jetzt, wie wir früher sagten, mit *zugedrückten* Augen, zugedrückt gegen die Resultate seines eigenen Thuns und die Erfahrungen seines eigenen Dogmatisirens — zu dem illusionären Trost zurück, daß er in dem Erben ja seine höchste Willenserhaltung habe, und jedes Legat, wenn es *nichts* anderes sei, *mindestens* diese *höchste* Willensbethätigung per damnationem, ein *Gesetz für den Erben*, sei.

Aber wie er sich diesen illusionären Trost auf dem rein erbrechtlichen Felde wird vergehen lassen müssen, so muß er ihn auch ganz parallel auf dem Legatengebiete rettungslos sich auflösen sehen, und gerade durch diese höchste Stellung des Damnationslegats ist schon an sich die Aufhebung desselben und dieser seiner trostreichen Bedeutung gegeben.

Denn was ist denn dem Erblasser zerschellt? Eben nur jenes Bestreben, das Legat als eine reale Bethätigung *seines* Selbstgebens und *seiner* fortwirkenden Willensäußerung zu vernutzen. Dies war der begriffliche Existenzgrund des Legats, dies das treibende Princip seiner Dogmatologie, seiner Gliederung zu jenen begrifflichen Unterschieden ge-

wesen. Aber dies gerade, dieser spiritualistisch-begriffliche Tic, den der Erblasser im Legat auszuführen strebt, hat Schiffbruch gelitten. Mit jenem resignirten Eingeständniß: „es ist ja Alles einerlei", das der Erblasser durch das Neronianische Senatusconsult ablegte in Bezug auf die Form der Legate, hat er somit zugleich an sich in Bezug auf den Inhalt des Legatsbegriffs das Geständniß abgelegt: mit jenem in seinem Legiren Sichselbst zum Vorschein bringen wollen, mit jener Anstrengung, die fortexistirende Eigenwilligkeit als das herrschende und geltende Princip in der Form des Legats an den Tag legen zu wollen, sei es nichts; das Legat sei nur das Geben von Sachen überhaupt; gleichviel welche Form das Legat habe, es lasse sich eben nur geben, und, gleichviel wie, gegeben sei gegeben.

Mit dem Geständniß von dem Alleinerlei der Legatenform ist also zugleich in Bezug auf den Inhalt des Legatsgedankens an sich eine entscheidende Umwendung, ein totaler Verderb des Princips eingetreten.

Während ursprünglich das Legat oder die Sache nur der Boden war, an dem und auf dem der Erblasser die Lebendigkeit seines Willens durch die oscillirenden Schwingungen desselben dem Erben gegenüber äußern und bewähren wollte, während also das Legat oder die Sache nur die Bedeutung für ihn hatte, der Boden zu sein, den er von sich erzittern machte, so ist jetzt erst die Sache aus diesem Boden des Willens zu seinem Inhalt geworden. Jetzt erst hat das Legat, weit entfernt, die bloße Resonanz jenes Subjectivismus zu sein, der gerade an seinem Gegentheil, der Sache, durch seine Macht über sie seine Lebendigkeit am meisten bewährt, sie an ihr äußert und ausläßt, die substantielle Bedeutung erhalten, bloßes Fortgeben von Vermögen zu sein. Der thätige Begriff des Legats ist damit dialektisch in sein Gegentheil umgeschlagen, er ist untergegangen in die Sache und ihren Empfänger. Er ist jetzt nur zu jener Selbstaufhebung des Willens geworden, die in dem bloßen Fortgeben von Sachen liegt. Wie die Willenssubjectivität im Erben, in dem sie ihren Erhalter finden wollte, seit der lex Falcidia ihren negativen Unterdrücker und somit ihr Grab gefunden hat, so hat sie mit dem SC. Nerorianum im Reich des Legats, durch welches sie ihre im Erben fortdauernde Existenz gegen denselben äußern und setzen wollte, im bloßen Vermögensnehmer, dem Legatar, ihr Grab gefunden.

Alles dies ist an sich im SC. Neronianum mit der eingestandenen Alleinerleiheit der Legatsform enthalten, an sich ist daher in demselben auch schon das Damnationslegat als solches — das Damnationslegat in seiner specifischen begrifflichen Bedeutung als adäquateste Aeußerung des supranaturalistisch fortexistirenden Willens, wie wir es oben hatten — zu Grunde gegangen.

Daß das Damnationslegat hier schon an sich zu Grunde gegangen, obgleich es als die vorherrschende Form aller Legate gesetzt ist, zeigt sich unschwer auch in folgender Weise: Das Damnationslegat, welches gegen seine Form gleichgültig ist, welches in jedem Vindicationslegat, Sinendilegat u. s. w. enthalten sein soll, kann ja nicht mehr seiner Bedeutung nach identisch sein mit jenem ursprünglichen Damnationslegat, welches an seine Form, in deren specifischer Natur gerade der Punkt lag, weshalb dieses Legat optimum jus bildete (s. oben S. 161 fg.), ausschließlich gebunden war. Das Damnationslegat, als allgemeines, in jedem Legat vorhandenes Legat gesetzt, weil es das Legat optimo jure ist, verliert dadurch gerade das, wodurch es Legat optimo jure war; dieses Damnationslegat ist also jetzt gar nicht mehr, was nur in seiner Form lag, Damnationslegat, d. h. jene die Fortexistenz des erblasserischen Willens auf die adäquateste Weise, weil durch sein Handeln im Erben siegreich aufzeigende Selbstbethätigung, sondern es ist Legat überhaupt, bloßes Vermögensgeben, entleert von dieser begrifflichen spiritualistischen Bedeutung, geworden.

Alles dies liegt aber nur an sich im SC. Neronianum. Justinian spricht diese inhaltliche Seite nun nicht weniger aus, als er das Aufgehobensein aller Legatsunterschiede durch dieses Senatusconsult ausspricht. Da sich doch einmal durch das Legat nur geben läßt, und gar nichts anderes thun noch beweisen, so sei beim Legat eben nur vom Geben die Rede, und gegeben sei gegeben, mehr als eine Sache geben könne man nicht, und wer eine Sache gebe, der gebe sie eben auf alle Weise.

Dies ist die Sprache des innerlichen Begriffs, in welche sich seine Verordnung übersetzt und welche sogar aus den Worten hin und wieder nicht undeutlich herausklingt. („. . . Si enim testator *ideo* legata vel fideicommissa dereliquit, ut *omni modo* personae ab eo honoratae ea *percipiant* etc." Das heißt doch also ganz direct: nur um das Geben handle es sich beim Legat, und wer eine Sache irgendwie gebe, gäbe sie auf alle Weise.) Aber auf das stärkste tritt es in den realen Vorschriften seiner Verordnung hervor. Denn weil das Legat nur gebe, und geben heiße auf alle Weise geben, wird jetzt auch das Damnationslegat aufgehoben und die Wirkungen aller Legatsformen, die actio in rem aus dem Vindicationslegat, die actio in personam aus dem Damnationslegat, und noch eine actio hypothecaria, wird also alles Mögliche und noch einiges darüber auf dieses Eine Legat des bloßen Vermögensgebens gehäuft („apparet", heißt es nach den zuletzt angeführten Worten unmittelbar weiter, „ex ejus [testatoris] voluntate etiam praefatas actiones contra res testatoris esse instituentas, ut *omnibus modis* voluntati ejus satisfiat"). So zer-

tritt denn auch hier mit ehernem Fuße der jetzt zur Herrschaft gekommene stupide Vermögensstandpunkt alle jene feinen und organischen Unterschiede des Begriffs, welche im Legat herrschten, solange Legat Legat und Erbrecht Erbrecht war.

Unsere Juristen aber haben die schöne Unbefangenheit gehabt, Justinian zu glauben, daß das Legat *immer* das gewesen sei, wozu es durch ihn erst *wird*; daß es *immer* das gewesen sei, wozu es erst in einer *Zeit* wird, in welcher Legatar wie Erbe *beide so sehr* den spannenden *Gegensatz ihres Wesens verloren* haben, daß beide jetzt an sich dasselbe sind, und der Legatar daher den *Erben sogar verdrängen und seinen Platz einnehmen kann*[1], weil Legat wie Erbthum eben sich gleichmäßig zum bloßen Vermögensnehmen degradirt haben, und der Begriff nur noch wie ein Schatten seiner frühern Wirklichkeit über den Figurationen und Eintheilungen des Rechts schwebt.

Wir gehen jetzt aber dazu über, die Operation des Erbbegriffs nun auch auf der besondern Seite des Erben hervortreten zu lassen.

XX. Die Operation des Begriffs seitens des Erben. Rückblick auf den allgemeinen Begriff.

Wir haben gesehen, daß der Begriff des Erbthums die *Willensidentität* zwischen Erblasser und Erben ist. Sie ist es, welche seitens des Erblassers durch die Erbeinsetzung erzeugt wird, und letztere besteht in nichts anderm als darin: eine *andere Person als das Dasein des eigenen Willens zu setzen*, wodurch sich der Testator jene unendliche *Fortdauer* seiner Willenssubjectivität, jene subjective *Willensunsterblichkeit* erzeugt, welche wir als das innerste Geheimniß und die wahre welthistorische Bedeutung des römischen Geistes, als die *geistige* Unsterblichkeit in ihrer *römischen* Auffassung, oder, was dasselbe ist, als die *unmittelbare Vorstufe der christlichen Unsterblichkeit*, kennen gelernt haben, in welcher der individuelle Geist sich nicht mehr *als auf die Außenwelt bezogen* (als endlicher Wille), sondern als *insichseiender, als rein auf sein eigenes Wesen* bezogener (als Geist), als unsterblich setzt. Man kann daher das Verhältniß und den Gegensatz von Römerthum und Christenthum kurz in die Antithese von *Willensunsterblichkeit* und *Unsterblichkeit des Geistes* zusammen-

[1] Siehe oben die Note 1 zu S. 78.

drängen. Der Gegensatz besteht eben darin, daß dort noch der individuelle Geist als auf die Außenwelt bezogener, d. h. also gerade als endlicher subjectiver Wille, als der gerade auf diese Sphäre der Endlichkeit (der Gegenständlichkeit) bezogene Trieb, hier dagegen, im Christenthum, der individuelle Geist als auf sein unendliches Wesen bezogener, der alle Außenwelt und jeden Trieb gegen dieselbe (Wille) daher abgestreift hat, also als reine Seele als das Unendliche gesetzt wird.

Wenn dieses culturhistorische Verhältniß beider Geistesgestalten zueinander, auf welches näher einzugehen hier nicht der Ort ist, blos in seinem Begriffe angegeben zu werden braucht, um sich sofort durch sich selbst zu beweisen und in Zeitfolge und Geschichte seine glänzenden Belege zu finden, die erst von hier aus ihr wahres Verständniß erlangen, so mußte dagegen die römische Rechtsmaterie aus diesem speculativen Begriffe entwickelt werden. Und wir haben gesehen, wie die religiöse Bedeutung des römischen Testaments, die sacra als Grundlage und substantielle Wurzel alles römischen Erbrechts, die Formen der Testamente und ihr Uebergang ineinander, die Bedingungen der Fähigkeit des Erblassers und seine materielle Befugniß, seine Unbeschränktheit und seine Schranke, das Verhältniß des Erben und des Legatars und der verschiedenen Legate untereinander, formales und materielles Recht, jus civile und prätorisches Recht, kurz die Dogmatik des testamentarischen Erbrechts wie seine Fortbewegung und Veränderung in der Geschichte, — wie sich alles dies, und zwar bis in seine einzelnsten, detaillirtesten und sich am meisten kreuzenden Bestimmungen, aus der dialektischen Thätigkeit dieses speculativen Begriffs von selbst abgeleitet hat. Allein wir haben bisher die Institute des römischen Erbrechts vorzüglich in Bezug auf den Erblasser betrachtet, wenn es auch nicht möglich war, einen Schritt zu thun, ohne das mit ihm identische Wesen des Erben zum Vorschein kommen zu sehen. Gegenwärtig wird es unsere Aufgabe sein, den Erben als solchen zu betrachten und die Bestimmungen zu entwickeln, welche seinerseits aus der Thätigkeit des speculativen Begriffs herfließen müssen.

XXI. Der Erbe. Der suus heres oder der Erbe seiner selbst. Der Begriff der Suität. Das Zwölftafelgesetz und die Definitionen der Römer.

Wenn vom Erben die Rede ist, so beginnt jede civilistische Abhandlung aus guten Gründen mit dem suus.

Der suus heres, berichten die römischen Juristen, ist ein solcher,

der in der Gewalt des Erblassers steht.[1] Allein auf den Sklaven wendet sich diese Bestimmung nicht an, obwol er doch auch in des Erblassers Gewalt steht. Er ist, wenn er selbst zum Erben gemacht wird, wol ein heres necessarius, was der suus auch ist, aber niemals ein suus. Somit scheint der Begriff des suus auf die natürliche Verwandtschaft zu gehen und das Recht der Familie, des Blutes anzuerkennen. Allein auch die in manum geheirathete Frau ist ein suus. Und wieder der Enkel, welcher der suus des Großvaters wäre, wenn sein Vater bei Lebzeiten desselben gestorben wäre, ist kein suus, wenn sein Vater noch beim Tode des Großvaters lebt, und zwar auch dann nicht, wenn er von letzterm wirklich zum Erben eingesetzt wird. Und wiederum der Sohn, welcher an sich ein suus wäre, wenn er zum Erben eingesetzt wird, und sogar, wenn der Vater ab intestato stirbt, als suus erbt, ist es dann nicht, wenn er enterbt wird; denn die Enterbung bricht wieder die Suität. Und wie kann der suus, wenn, wie es scheint, sein Begriff darin bestehen soll, daß er aus eigenem Rechte erbt, überhaupt enterbt werden, und zwar durch die ganz unbeschränkte Willkür des Testators? Wiederum aber, wenn er nicht aus eigenem Rechte erbt, warum bedarf er allein der Antretung der Erbschaft nicht, um sie zu erwerben, sondern hat sie sofort ipso jure als die seinige? Und warum bricht er sogar als nothwendiger Erbe das Testament, in dem er präterirt ist?

Die Schwierigkeiten, mit welchen der Begriff des suus zu kämpfen hat, von denen hier nur einige der hauptsächlichsten angeführt worden sind, und die Unerklärlichkeit dieses Namens haben daher seit je für unlösbar gegolten. Schon die römischen Juristen haben umsonst diese Begriffs- und Namenserklärung zu finden versucht. Gajus sagt, II, §. 157: „Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia *domestici* heredes sunt et vivo quoque parente quodam modo *domini* existimantur", und die Institutionen Justinians haben (§. 2 de her. qual. II, 19) diese seine Erklärung treu wiedergegeben. Aber abgesehen davon, daß diese Erklärung keineswegs die Widersprüche der vorausgeschickten realen Bestimmungen lösen würde, ist sie schon in sich selbst sehr verunglückt. Denn im Hause können Viele leben, die keine sui sind, und die römischen sui sind nichts weniger als domini während des Lebens des Vaters; denn während seines Lebens sind sie, statt Herren zu sein, vielmehr ohne jedes Miteigenthumsrecht nur selber von ihm beherrscht, und bei seinem Tode kann er sie enterben, sodaß dieses „quodam modo domini" vielmehr ein „*nullo* modo domini" darstellt. Und endlich, warum würde dann der gleichfalls im Hause lebende Enkel, der

[1] Z. B. Gajus, II, §. 156.

bei Lebzeiten des Vaters zum Erben eingesetzt wird, kein suus sein? u. s. w.

Diese Erklärung hat daher keinem, auch nur einigermaßen tiefern Bedürfniß genügen können, und die Sache blieb als unerklärbar auf sich beruhen. Bekannt ist die Anekdote, die Alciatus erzählt, daß, als Politianus sich einst rühmte, den Accursius in seinen Glossen übertroffen zu haben, Socinus ihn fragte, er möge ihm sagen, was ein suus sei, worauf jener sofort verstummte.

Und so ist, von unrichtigen oder den Gajus blos nachsprechenden Erklärungen abgesehen, die Sache geblieben bis auf den heutigen Tag.[1]

Es ist daher ein Triumph des speculativen Begriffs, wenn aus ihm sich spielend und von selbst die Bedeutung entwickelt, welche dieser bisher räthselhaften Bestimmung der Suität zukommt, und ebenso von selbst alle die einzelnen Rechtssätze hervorfließen, zu denen sich dieselbe treiben muß. Freilich wird dabei zugleich auch klar werden, daß der Begriff der Suität gar nicht gefaßt werden konnte, ohne den richtigen Begriff des Erbthums überhaupt zu haben[2], und daß daher die bei der Suität entstehende Schwierigkeit nur ein helles Symptom von der Dunkelheit war, in der sich jener befand.

Der Begriff des Erbthums ist, wie wir sahen, die Willensidentität zwischen Erblasser und Erben. Der Begriff der Erbeinsetzung ist also, genau gesprochen (vgl. oben sub Nr. VIII), die Hervorbringung der Identität, die Identification der beiden Willenssubjectivitäten des Erblassers und Erben. Dies eben haben wir schon als die symbolische Bedeutung des Testaments per aes et libram hervorgehen sehen, daß der Erbe (familiae emptor) seitens des Testators durch dessen Wahl und von ihm vorgenommene Handlung, seitens seiner durch eben diese Handlung und die solenne Formel, gesetzt wird als das fortdauernde Dasein, als der identische Träger des erblasserischen Willens. Um nichts weniger ist dies Setzen und Hervorbringen zweier an und für sich gegeneinander selbständiger Willen als identischer, aber auch später der Fall, wo ein Anderer als der emptor in den tabulis zum Erben eingesetzt wird. Denn hier wird ebenso beiderseitig der Act der Identificirung der beiden Willen vollbracht, seitens des Testators in dem schriftlichen Testament durch den Befehl: „heres mihi esto“[3],

[1] Ebenso z. B. auch bei Huschke, welcher (Rhein. Mus., VI, 306) ganz wie Gajus definirt: „Denn vermöge der Personeneinheit mit dem Erblasser sind sie gewissermaßen (quodam modo, wie Gajus sagt) schon bei seinen Lebzeiten in ihm Eigenthümer des Vermögens!!“ Vgl. hierüber die Beilage zu Nr. XL.

[2] Wie denn hieraus erst wieder, worauf schon oben hingedeutet, der wahre Begriff der römischen familia sich ergeben wird.

[3] Jetzt wird auch sprachlich diese Bedeutung des Erben in die Augen fallen.

und seitens des Erben durch den von diesem ausgehenden Willensact der Adition, durch welchen er nun auch seinerseits jenen Willen des Erblassers als den seinigen setzt.

Allein dies Setzen und Hervorbringen der Willensidentität, der Act der Identification, ist sowol seitens des Erblassers als des Erben vollständig überflüssig in Bezug auf solche Personen[1], welche schon ohnehin und unmittelbar in Willensidentität mit dem Erblasser, d. h. in seiner Gewalt stehen. Denn die Gewalt, d. h. die Familie in ihrer römischen Auffassung, stellt eben die Willenseinheit körperlich getrennter Personen dar, welche Identität in dem Gewalthaber nur ihr Subject, ihren functionirenden Träger hat. Es sind viele Personen, die aber trotz der individuellen Getrenntheit

Denn heres ist nichts anderes als Herr, Willensherr, Gebieter, der Inhaber eines frei schaltenden Willens, einer selbständigen Willenssubjectivität überhaupt und ohne jede Beziehung auf ein Eigenthum. Heres mihi esto heißt also auch sprachlich gar nichts anderes als: er sei der Inhaber, Träger, Herr meiner Willenssubjectivität. Diese absolute, nicht auf ein Eigenthum bezogene Bedeutung von heres tritt zunächst in herus und hera, Herr, Herrin, Herrscher, Gebieter (häufig bei Plautus, z. B. Merc., 3, 4, 12; Horatius, Satir., II, 2, 129 und bei andern) deutlich heraus, wo sich dieselbe bewahrt hat. Es war aber dies nicht weniger auch die alte Bedeutung von heres, wie uns Festus, v° heres, p. 99 ed. Müll., ausdrücklich bezeugt: „Heres apud antiquos pro domino ponebatur", und ebenso auch die Institutiones, §. 7 de her. qual., II, 19: „Veteres enim heredes *pro dominis* appellabant." Es ist also genau, was das deutsche, ja gleichfalls nicht in Bezug auf ein Eigenthum, sondern als Titel gebrauchte Herr, welches nur eine freie unabhängige Willenssubjectivität, einen Willensherrn, ohne Rücksicht auf Besitz, bezeichnet. Mit herus, hera vergleicht bereits Passow das griechische ἥρως, welches bekanntlich ja bei Homer noch jeden ehrenwerthen freien Mann überhaupt als allgemeiner Ehrenname bezeichnet. Daher wird, genau gesprochen, einem römischen Erben ein Besitz vom Erblasser nicht zur Erbschaft, sondern durch Erbschaft, durch das Tragen seiner Willenssubjectivität, durch Erbverhältniß (Erbthum, wie wir deshalb sagen) hinterlassen; z. B. Vellejus Paterculus, Hist. Rom., II, 4: „... mortuo rege Attalo, a quo Asia populo Romano *hereditate* relicta erat", was man also mit Unrecht in *hereditati* hatte verbessern wollen, oder Quinctilian, Declam., 308: „Servus aut domi natus est, aut relictus *hereditate*"; vgl. Cicero, De Inv., I, 45. — Jene Uebereinstimmung der Wurzel und Grundbedeutung von heres in den drei Sprachen weist offenbar auf eine sehr frühe Entwickelung und ein substantielles Hervortreten dieses Begriffes hin. [Es ist indessen zu beachten, daß hĕrus und hēres verschiedene Quantität haben, und wäre deshalb zu wünschen, daß die Etymologie der beiden Wörter bis hinter das Griechische zurück verfolgt würde.

Anm. zur zweiten Ausgabe.]

[1] Hierin liegt der Unterschied vom Sklaven, welcher Sache ist, nicht Person. Die Kinder dagegen sind freie römische Personen (darum *liberi*, wie die Alten etymologisiren), deren identischer Wille nur in dem Gewalthaber der Familieneinheit sein Subject hat.

identischen Willens sind, und der Ausdruck und daher der allein berechtigte Träger dieser ideellen Willensidentität ist der jezeitige pater familias. Dies ist der Begriff der römischen Gewalt, oder, denn beides ist völlig identisch, der römischen Familie.[1]

Der Erblasser braucht daher keinen Fortsetzer seiner Willenssubjectivität erst einzusetzen, er braucht keine Identification eines andern subjectiven Willens mit dem seinigen vorzunehmen, um einen solchen Continuator zu haben; er hat schon vorher an den in seiner Gewalt stehenden Personen unmittelbare Erben, denn er hat an ihnen Personen, welche unmittelbar vorhandene Willensidentität mit ihm bilden und daher die unmittelbare Fortexistenz seiner Willenssubjectivität sind.

Diese in seiner Gewalt stehenden Personen müssen daher, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, seine ersten Intestaterben sein[2], nicht in dem Sinne, daß sie vom Gesetz dazu gemacht wären, sondern deshalb, weil sie diese unmittelbaren Willensidentitäten, daseiende Fortdauer der erblasserischen Willenssubjectivität sind. Das Intestatgesetz wird dies Verhältniß daher am schärfsten hervorheben, wenn es diesen Erben die Intestaterbschaft gar nicht selbst überträgt, sondern im Gegentheil dieselbe gerade nur auf andere Klassen für den Fall überträgt, wenn keine Erben von jener Art da sind. Das Zwölftafelgesetz sagt daher, des suus nur mit einer negativen Wendung gedenkend und gerade dadurch auf das deutlichste markirend, wie es dem suus gar nicht qua lex die Erbschaft gibt, sondern ihn nur als diesen unmittelbar von selbst vorhandenen Fortsetzer des eigenen erblasserischen Willens anerkennen muß:

> „Si intestatus moritur, *cui suus heres nec sit*, agnatus proximus familiam habeto."[3]

---

[1] Siehe hierüber das fortlaufend Nachzuweisende, und besonders sub Nr. XL.

[2] Gajus, Comm., III, 1; Ulpian, XXVI, §. 1; Paulus, R. S., IV, 8, §. 3 u. s. w.

[3] Es verhält sich durchaus nicht so, wie Ihering in seiner Abhandlung über die Wortinterpretation (Geist des Römischen Rechts [Leipzig 1858], II, 482 fg.) an diesem Zwölftafelsatze zu zeigen versucht hat, daß das römische Civilrecht durch einen starren Geist bloßer Wortinterpretation geleitet worden sei. „Fast jedes Wort ist hier", sagt er, „die Quelle eines wichtigen Rechtssatzes geworden, und zwar eines Rechtssatzes, an den der Gesetzgeber selbst gar nicht gedacht hat, der also nicht in seinem Willen, sondern nur in dem Wort seinen Grund hat." Es gibt gar keinen verhängnißvollern und folgenreichern Irrthum als diesen hier so principiell vorgetragenen des geistreichen Mannes, und deshalb möge es gestattet sein, so sehr auch unsere ganze Entwickelung solche Anschauungen widerlegt, an diesem von Ihering ausführlich behandelten Beispiel nachzuweisen, wie die Römer nach ihm zu ihrem jus civile gekommen sein sollen, und wie weit dies von jedem

Bereits muß nun aber auch der Name und mit ihm noch bestimmter der Begriff des suus klar geworden sein. Der nicht in der Gewalt des

Anspruch auf Wahrheit entfernt ist. „Zuerst", sagt Ihering, „das Wort intestato. Aus ihm folgerte man, daß, wenn die Erbschaft nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten, die ausfallenden Theile nicht, wie man erwarten könnte (d. h., wie wir bei Behandlung des Satzes nemo pro parte testatus etc. sehen werden, wie das deutsche Bewußtsein in Ihering, wie seine irrthümliche Auffassung des Erbrechts als eines Vermögensrechts erwarten könnte), an die Intestaterben gelangten; denn die Bedingung, unter der sie gerufen, war das intestato mori des Erblassers; wessen Erbschaft aber auch nur von einem der mehreren Testamentserben angetreten war, von dem ließ sich nicht behaupten, daß er intestatus gestorben sei." Allein es folgt schon aus dem Begriff der Accrescenz (Nr. XVI[b] u. XV), und wir werden bei der Behandlung der Mehrheit von Erben (Nr. XXXII) näher sehen, wie jeder Erbe die Willenssubjectivität des Erblassers darstellt, und wie also nach dem speculativen Begriff des Erbthums, und ohne jedes Wort des Intestatgesetzes, nothwendig die Willensherrschaft des Erben über die nicht vergriffene Sache eintreten muß. — Ihering fährt fort: „Sodann das Wort moritur. Hierauf stützte man das Requisit, daß, wer zur Erbschaft gelangen wolle, im Moment des Todes des Erblassers, wenn auch nur im Mutterleibe, existirt haben müsse." Allein wenn der Begriff des Erbthums die Identificirung der beiden Willenssubjectivitäten des Erben und Erblassers ist, so muß ja natürlich, ganz abgesehen von jedem Wort jenes Intestatgesetzes, der Erbe bereits ein existenter Wille und also eine lebende Person sein, sonst kann der Erblasser seine Forterhaltung in ihm nicht finden (vgl. z. B. oben S. 97, 99, 124). Ihering weiter: „Ferner: agnatus proximus. Das Wort proximus mußte als Vorwand zur Ausschließung der successio graduum dienen u. s. w." (nämlich zur Beseitigung der folgenden Agnaten, wenn der nächste ausgeschlagen hatte). Aber wir werden sub Nr. XL nachweisen, wie ganz abgesehen von diesem Wortlaut nach dem Begriff des alten Civilintestatrechts die successio graduum wie ordinum ausgeschlossen sein mußte.

Ist es nun aber nicht merkwürdig, daß Ihering, der auf diese Weise alles aus einer formalistischen starren Wortinterpretation herleitet und jedes Wort des Zwölftafelsatzes so stricte zergliedert, ebenso wenig wie seine Vorgänger auf den einfachen Gedanken kommt, zu sehen, daß, weil das Zwölftafelgesetz den suus nicht einsetzt, sondern nur wenn er nicht da sei verfügt, der suus gar kein Intestaterbe ist; ein Satz, der, wie wir später sehen werden (Nr. XXII, XXVI u. XL), der einzige Schlüssel zum Verständniß des Intestaterbrechts ist? Und wer schon einmal so stricteste Wortinterpretation treibt, der hätte doch vor allem dies hier in den Worten so deutlich Vorhandene herausfinden müssen, — wie denn die römischen Juristen, wie wir sehen werden, dies zwar nicht theoretisch ausgesprochen, aber praktisch dieses Verhältniß des suus zum Intestaterbrecht sehr genau festgehalten haben!

Aber die bloße Wortinterpretation macht es eben nicht! Es ist scheinbar starre Wortinterpretation bei den römischen Juristen vorhanden. Um diese wirklich zu verstehen, muß man zuvor die nie wieder erreichte concise Form begreifen, in welcher (man sehe das eben in Rede stehende Beispiel) die römischen Gesetze den speculativen Gedanken wie in Stein zu graben wissen, und dann die ebenso

Erblassers stehende Erbe ist vor der Erbschaft ein selbständiges Ich gegen den Erblasser, ein Ich außerhalb des erblasserischen Ichs, und wird deshalb, wie nahe verwandt er auch dem Erblasser, und wenn er sein eigener emancipirter Sohn sei, *extraneus* heres genannt. Er wird eines fremden Willens Fortsetzer und erst durch die Erbschaft identisch mit ihm.

Gerade deshalb muß er die noch nicht vorhandene Identität mit dem subjectiven Willen des Erblassers erst durch Willensact setzen, um Erbe zu sein; er erwirbt also die Erbschaft erst durch den Act der Adition.[1]

Der suus dagegen ist der Erbe und Fortsetzer eines Willens, mit dem er schon vorher identisch war; er ist also nicht eines fremden, sondern seines eigenen Willens Erbe und Fortsetzer, und wird darum auf das richtigste *suus* heres, sein eigener Erbe, Erbe und Fortsetzer seiner selbst genannt.[2]

---

speculative Thätigkeit des römischen Volksgeistes begreifen, welcher, in den römischen Juristen fortwirkend und immer den speculativen Geist des alten jus civile festhaltend, es ihnen möglich macht, gerade indem sie unter der echten Herrschaft des Begriffs stehen, scheinbare Wortinterpretation zu treiben, mit jener graphischen Wortform des Gesetzes übereinzustimmen und auch wirklich in ihr, vermöge der Härte, mit welcher der speculative Begriff hier in unnachgiebige Formen eingeschnitten ist, ein Correctiv ihrer geistigen Auslegungsthätigkeit zu finden. Wir werden dies positiv klar machen, indem wir unsererseits sub Nr. XL ein Beispiel von Wortinterpretation am Zwölftafelgesetz geben werden. — Bei der breiartigen Sprache, in welcher die modernen deutschen Gesetze abgefaßt sind, wäre das freilich schwer möglich.

[1] Die Cretionsformel, welche die solennelle Darlegung dieser Identification ist, lautet: „*Quod me* Publius Maevius testamento suo *heredem instituit*, eam hereditatem adeo cernoque." (Gajus, II, §. 166; Ulpian, XXII, §. 28.) Es reicht also nicht hin zu sagen: „Publii Maevii hereditatem adeo cernoque", sondern es muß das beiderseitige Setzen oder Vollbringen der Identificirung, die im Testament per aes et libram in der beiderseitigen simultanen Handlung liegt, hier mindestens im Satze ausdrücklich hervortreten.

[2] Der Einzige, der bisher etwas hiervon geahnt hat, ist der geistvolle Donellus, der diese Bedeutung des suus als Eines, der sich selbst Erbe ist, sprachlich erwies, aber freilich bei der realen juristischen Rechtfertigung dieser sprachlichen Bedeutung wieder in den schon betrachteten großen Irrthum des Gajus und der Institutionen und einer bald noch näher zu untersuchenden Stelle des Paulus verfällt. Donellus sagt, Comm., lib. VII, c. 2 (Hanau 1612), S. 286: „Quid sit necessarium heredem esse, omnes intelligunt ex significatione verbi nota. — — Quid sit *suum* esse, parum liquet. Si dicemus cum Justiniano suos heredes ideo appellari, quia domestici heredes sunt, quasi suus heres significet domesticum heredem et proprium, usus et significatio verbi nos *coarguet*. Non enim recte dicam: iste homo est mihi *suus*, pro eo quod est: iste homo est mihi *domesticus*, aut mihi *proprius*. Ne multis morer; hic

Aber eben wegen dieser bei ihnen schon vorher vorhandenen unmittelbaren Identität der Willenssubjectivitäten brauchen und können die sui gar keine Identificirung derselben erst noch vorzunehmen, und sind daher ohne jede Adition durch den Tod des Erblassers statim ipso jure[1], d. h. durch die bloße Kraft jenes Begriffs, zu Erben geworden.

Soll aber das Gesagte wahrhaft richtig sein, so muß die Kraft dieser Unmittelbarkeit so groß sein, daß sie ebenso wenig wie sie

suus heres plane eadem forma eodemque modo dicitur, ut *meus heres*, *tuus heres*. Nam haec omnia mutatis tantum personis idem significant; nempe possessionem ejus, de quo dicuntur. Unde a Grammaticis appellantur possessiva. Ergo ut *meus* heres dicitur, qui *mihi* successit, *tuus* heres, qui *tibi* successit, ita recte et apposite dicetur *suus heres*, qui *successit sibi*, *qui suus successor est*, seu *qui se ipsum sibi successorem habet*. Hanc vim subesse huic verbo primus conjecit Viglius ad §. sui. Inst. de her. et qual. diff., sed ita ut in eo nihil certi habeat, nec tradat ceteris. Eodem enim loco scribit heredem suum esse, quasi domesticum, proprium heredem, et dominatum, quasique sui ipsius heredem, inter quae multum interest. Nam proprius et domesticus heres dicitur, qui proprius est et domesticus *patri* heres. Nunc autem suum heredem dicimus qui *ipse heres est sibi*. — Er führt dies sprachlich noch weiter aus und fährt dann, zur juristischen Rechtfertigung dieser sprachlichen Bedeutung übergehend, fort: „*Rationem* verbi, seu *unde haec appellatio nata sit* videamus. Et vero significatio quam optime rei convenit. Sic enim res habet, ut cum filii sui heredes succedunt patri mortuo, quamvis dici possint heredes patri, nihilo tamen minus *sibi ipsis quoque succedere* videantur et vere *sibi ipsis esse heredes*." Das Thema des Beweises, den er führen soll, hält also auch hier Donellus noch ganz fest. Wie er aber nun endlich diesen Beweis selbst erbringen und die begriffliche Angemessenheit dieser Bezeichnung, die juristische Wirklichkeit der sprachlich entwickelten Bedeutung nachweisen soll, sagt er nun, unmittelbar nach den letzten Worten fortfahrend: „Quod jus *ex eo* est, quod filii, qui sunt in potestate morientis, etiam antequam heredes existerent, *domini fuerunt*, qui *etiam vivo patre domini* existimantur *bonorum*." Hier also scheitert Donellus wieder gänzlich und verfällt in die gäng und gebe Gewaltsamkeit, zur Erklärung des suus fingiren zu wollen, als hätten die römischen Kinder schon bei Lebzeiten des Vaters ein Miteigenthum an den Sachen; ein Irrthum oder vielmehr — denn weder er noch sonst jemand nimmt es mit diesem Irrthum, außer für diesen einzigen Behuf, ernst — eine Gewalt, die für ihn freilich unvermeidlich war, da er den Begriff des Erbthums nicht durchschaut hatte, und für die er sich noch auf das Falsche in einer bald zu zergliedernden, aus Wahrem und Falschem bestehenden Stelle des Paulus beruft. — Aber gerade um so mehr ist bei Donellus die Scharfsinnigkeit seines Blicks zu bewundern, die ihn von sprachlicher Seite her mindestens das Postulat des Beweises richtig entwickeln ließ.

[1] Gajus, L. 14 de suis et legitim. hered. (38, 16): „In suis heredibus aditio non est necessaria, quia statim ipso jure heredes *existunt*." Dies existunt, nicht fiunt, ist bezeichnend. Sie werden nicht Erben; sie sind schon als solche da.

der Adition benöthigt, ebenso wenig auch zu der Repudiation befähigt sind. Sie sind unmittelbare Willensidentitäten mit dem Erblasser, und nicht sie, sondern nur er, das allein berechtigte Subject dieser Willensidentität, kann dies ändern. In dem Augenblick, wo sie durch den Tod des Gewalthabers sui juris werden, in demselben Augenblick bereits finden sie sich, gleichviel, ob er sie einsetzte, oder ob er ohne Testament starb, schon als seine daseienden Willensfortsetzer, als seine sui juris gewordene Willensidentitäten, also schon mit der Erbqualität behaftet vor; sie finden sich durch die Kraft des Begriffs genau in derselben Lage vor, wie der *extraneus* nach der Adition, und können daher an dieser einmal eingetretenen Erbqualität nichts mehr ändern. Und so sind denn in der That (nach Civilrecht) die sui nothwendige Erben (sui *et necessarii*), die wider ihren Willen erben müssen und die schuldenüberbürdete Erbschaft nicht ausschlagen können.[1]

Gleichwol muß nun aus der vorstehenden Entwickelung der überaus wichtige Punkt ganz deutlich sein, daß die sui dennoch die Erbschaft durch ihre Willensaction erwerben, durch ihren Willen nämlich, der durch den Willen ihres Gewalthabers vorgestellt ist. Aber sei es, daß sie durch Testament desselben, sei es selbst, daß sie ab intestato erwerben, so erwerben sie immer durch den in ihnen daseienden Willen des Gewalthabers, und also um der Identität dieses Willens halber durch eigenen Willen, wie bei der Personenrepräsentation überhaupt.[2]

---

[1] Ulpian, XXII, §. 24; Gajus, Comm., II, 156—159. — Erst die prätorische Billigkeit, welche durchgehends, wie wir gesehen haben, die Abstraction von dem im jus civile thätigen speculativen Begriff und die Rücksicht auf das Vermögen darstellt, bewilligt den suis, wenn sie sich nicht eingemischt hatten, das Recht der Abstinenz, den praktischen Wirkungen der Repudiation beim extraneus entsprechend.

[2] Dieser Punkt, daß, wie jetzt nachgewiesen, auch der suus die Erbschaft durch innere Willensaction erwirbt, ist von der äußersten, weitgreifendsten Wichtigkeit für den Hauptgegenstand dieses Werks. Denn er zeigt, wie der von uns durchgeführte Begriff, daß erworbene Rechte nur solche sind, welche durch individuelle Willensaction vermittelt werden, auch am Erbrecht, auch am suus sogar keine Ausnahme findet. Hauptsächlich mit aus diesem Grunde mußte die begriffliche Analyse des Erbrechts von uns unternommen werden. Denn bisher mußte freilich stets angenommen werden, und wurde von allen Autoren ohne Ausnahme stets angenommen, daß der Erbschaftserwerb des suus lediglich durch eine objective Thatsache vermittelt wird; es genüge als Beispiel dafür Böcking anzuführen, welcher (Einleitung in die Pandekten u. s. w. [Bonn 1853], I, 334, Note 4) ihn, weil er „statim ipso jure, ohne aditio" stattfindet, lediglich als aus einem „natürlichen Ereigniß" entspringend classificirt und ihn deshalb mit der Alluvion vergleicht. Die Größe dieses Irrthums muß jetzt ersichtlich sein.

Ehe wir aber in der Ableitung der Folgen, zu welchen sich der nachgewiesene Begriff der Suität treiben muß, weiter fortschreiten, wird es von Interesse sein, auf unsere Entwickelung dieses Begriffs rückwärts blickend, ihn mit einigen Definitionen der römischen Juristen selbst zu vergleichen. Denn es wird jetzt in denselben, und zwar gleichmäßig sowol, soweit sie ihn treffen, als soweit sie ihn verfehlen, der angegebene speculative Begriff auf das deutlichste als die instinctive Grundlage, als das ringende und treibende Moment dieser Definitionen sich kundgeben und daher eine neue, nicht geringe Bestätigung unserer gesammten Entwickelung verleihen. Diese Definitionen des Römers sind, weil derselbe nur unter der Einwirkung seiner Substanz steht und noch nicht zur bewußten Selbsterfassung seiner gelangt ist, nur die ungeheuere Anstrengung, den Begriff zu sagen; sie sind die Anstrengung des stummen Mundes, das Seelische zu verlautbaren, was er ebenso sehr in der Herausringung erzitternder Töne erreicht, als er es in der stammelnden Ungewißheit derselben wieder verfehlt.

So sagt Paulus[1]: „In *suis* heredibus *evidentius* apparet, *continuationem dominii* (also was wir stets als den bestimmten Begriff alles Erbrechts bezeichneten: die Continuation der Willensherrschaft, nicht allgemein die Personenidentität) eo rem perducere, ut *nulla* videatur *hereditas* fuisse (hier tritt also auf das stärkste hervor, was wir als den Begriff der Suität entwickelt haben: die Unmittelbarkeit der Willensfortsetzung; die Willensfortsetzung ist so sehr der Begriff alles Erbrechts, und jene Unmittelbarkeit derselben so sehr der Begriff der Suität, diese ist so sehr der hier herrschende Begriff, daß Paulus deshalb sagen kann, es finde hier gar keine Erbschaft statt. Das Wahre und Falsche hiervon muß aus dem Obigen klar sein: es findet, wie wir S. 190 zeigten, keine Identification der Willenssubjectivitäten, keine Hervorbringung eines Erben statt, was Paulus dies zu sagen veranlaßt. Aber es findet Identität der Willenssubjectivitäten, Dasein eines identischen subjectiven Willens und somit Erbschaft statt); quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur (hier geräth also Paulus von der Tiefe seiner bisherigen Bestimmungen wieder ab und auf den so nahe liegenden völlig falschen Abweg des Gajus, denn es gibt nichts Unwahreres, als im Römischen Recht, zumal im alten jus civile, von einem Miteigenthumsrecht der Kinder zu sprechen) unde etiam filius*familias* appellatur, sicut pater*familias*, sola *nota hac* adjecta (hier ist Paulus wieder auf dem tiefsten Wege. Im gemeinschaftlichen

[1] L. 11 de lib. et posth. her. (28, 2).

Anhang familias, den beide Bezeichnungen führen, tritt eben auch äußerlich die Einheit des Willenskreises, dessen Dasein sie beide sind, hervor, und die verschiedenen Vorsilben des Compositum unterscheiden, wie Paulus schön sagt, nur wie eine „nota" den thätigen Ausdruck, das Subject dieser Willenseinheit, von der ruhenden Substanz derselben) per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit (hier geräth Paulus, nicht sagen könnend, was er sagen will, wieder ins Sinnlich-Aeußerliche; er will eigentlich sagen, wie wir eben zeigten: durch welche [nota] die für sich seiende Einheit von der an sich seienden, das Subject von seinem substantiellen Kreise unterschieden wird). Itaque post mortem patris *non hereditatem percipere* videntur; sed *magis liberam bonorum administrationem consequuntur* (ebenso tief wahr, als völlig falsch; tief wahr, wenn auf den speculativen Begriff des Erbthums gesehen wird: Fortsetzung einer Willenssubjectivität zu sein. Der suus übernimmt nicht, wie der extraneus, eine ihm andere [fremde] Willenssubjectivität zur Fortsetzung [also *non percipit hereditatem*], sondern indem er Erbe wird, wird er jetzt nur selbst zum Subject desselben Willens, der schon bisher substantiell in ihm vorhanden und der seinige war; er setzt nur jetzt als Subject, für sich geworden, sich selber, seine eigene bisherige Willenssubstanz fort. Indem dies Fürsichwerden des Willens, der Begriff des Subjects, allerdings das Moment der Freiheit ist, kann man mit vollem Recht sagen, daß der suus durch die Erbschaft nur die Freiheit dessen erlangt, was er bisher schon war und vorstellte, und dies ist also das tief Wahre auch in den folgenden Worten des Paulus: sed magis *liberam* b. a c. Wird aber der speculative Erbbegriff verfehlt und statt in jene spiritualistische Willensfortsetzung in seine bloße Folge, den Vermögenserwerb, gesetzt, so wird alles wieder völlig falsch, und freilich stößt dies Paulus selbst zu. Denn indem er sagt, daß der suus durch die Erbschaft nur die freie Administration der Güter erlange, deutet er wieder, wie dies auch seine Absicht und wenige Zeilen vorher seine Worte sind, von neuem an, als habe der suus auch schon vor dem Tode des Vaters irgendein gebundenes latentes Eigenthum an dem Vermögen gehabt, wie z. B. etwa heute die Frau in der französischen Gütergemeinschaft. Es läßt sich hier gerade sehr scharf zeigen, warum der, wie wir sahen, richtige Satz, daß der suus durch die Erbschaft nur die Freiheit dessen erlangt, was er schon bis dahin war, durch die falsche empirische Auffassung der Erbschaft als eines Vermögenserwerbs nothwendig falsch werden muß. Denn in substantieller Willensidentität war der suus mit dem Gewalthaber auch schon vor dessen Tode und bringt also allerdings durch die Erbschaft sein bisheriges substantielles Sein nur zur Freiheit, zum Subjectsein.

Eigenthum aber ist erst Folge der Freiheit, des Subjectseins, und vor diesem gar nicht möglich. Darum ist der suus, weit entfernt, vor dem Tode des Gewalthabers irgendein Eigenthum zu haben, vielmehr selbst ein Eigenthum desselben. So muß, merkwürdig genug, die falsche Auffassung des Erbbegriffs als Vermögensübertragung, wenn es zur Erklärung der Suität kommt, im Munde der römischen Juristen selbst einen Satz zur Folge haben, den sie selbst sehr wohl als den positiv-falschesten von der Welt wissen, und über den sie ihre Verlegenheit vergeblich unter einem unbestimmten „quodammodo" und „magis" zu verbergen suchen.) Haec ex causa licet non sint heredes *instituti*, domini *sunt* (man vergleiche, was wir oben S. 191 fg. über das Zwölftafelgesetz gesagt haben), nec obstat, *quod licet eos exheredare*, quos et *occidere* licebat." (Hier kommt also wieder die Verlegenheit und Unmöglichkeit zum Vorschein, ein Eigenthumsrecht bei denen anzunehmen, die ganz willkürlich enterbt werden können, eine Verlegenheit, die Paulus eigenthümlich genug dadurch zu beseitigen sucht, daß er sie noch steigert, indem er darauf hinweist, wie die Kinder, statt Eigenthum haben zu können, vielmehr selbst Eigenthum sind.)

Dieselbe Bestätigung der von uns dem Begriff der Suität gegebenen Entwickelung spricht sich in einer andern Stelle des Paulus aus[1]: „Quum *ratio naturalis* (man denke hier nur nicht, wozu man allerdings unwillkürlich geneigt ist, an das Gefühl der natürlichen Verwandtschaft, denn zu den suis gehört ja ebenso gut wie die Kinder auch die Ehefrau, und zwar wieder nicht die Ehefrau überhaupt, sondern nur die in manum geheirathete; die ratio naturalis bedeutet hier in Wahrheit, wie auch die unmittelbar folgenden Worte zeigen, nichts anderes als die selbstredende Kraft des Begriffs, das selbstredende Dasein der Willensidentität in den Genossen des Gewaltbandes, wodurch die sui unmittelbar Erben sind) quasi *lex quaedam tacita* (hier zeigt sich also deutlich das eben Gesagte) liberis parentum hereditatem addiceret, *velut* ad *debitam* successionem eos *vocando* (hier tritt wiederholt jene Unmittelbarkeit des im suus gegebenen Erben und zugleich das hervor, was wir vorher über das Zwölftafelgesetz gesagt haben, welches dem suus nicht die Erbschaft überträgt, sondern nur das Factum constatirt, daß er von selbst Erbe ist) *propter quod* et in jure civili *suorum* heredum nomen iis indictum est etc." Setzt man diese Namenserklärung in Einheit mit den von uns aufgelösten Sätzen, mit welchen sie durch das *propter quod* zusammengebunden ist, so erhält man von selbst die von uns gegebene Auflösung und Erklärung

[1] L. 7 pr. de bonis damnat. (48, 20).

des Namens des suus als eines Erben seiner selbst, d. h. als eines Fortsetzers seines eigenen Willens.[1]

Jetzt zeigt sich auch erst der tiefere Grund und die innere begriffliche Bedeutung dessen, daß der suus, der enterbt wird, jetzt nicht mehr enterbter *suus*, sondern überhaupt kein *suus* sein kann, d. h. daß der Begriff der Suität durch die Enterbung gebrochen wird, und dies bleibt, auch wenn der Betreffende dennoch das Vermögen des Erblassers erlangt. Denn indem die Identität mit dem Gewalthaber und die Unmittelbarkeit der Willensfortsetzung im filius durch die Enterbung gebrochen und aufgehoben ist, er aber durch den Tod des Vaters *sui juris* geworden ist — was man irrig mit der Bedeutung des suus hat zusammenwerfen wollen —, setzt er jetzt nicht mehr die väterliche Willenssubjectivität, also nicht mehr seine eigene und bisherige, fort, sondern hat gleichsam, wie bei der Emancipation, eine neue und selbständige, seiner bisherigen andere erlangt, was sich also auch dadurch nicht ändern kann, wenn er auch als Fideicommissar das väterliche Vermögen erhält, s. Ulpian[2]: „Multi non nota e causa exheredant filios, nec ut iis obsint, sed ut iis consulant utputa impuberibus, *iisque fideicommissam hereditatem dant.*“[3] Mit andern Worten: die Suität haftet, was das Vorige wiederum bestätigt, streng am civilrechtlichen Erbbegriffe, dem Begriffe der Willensfortsetzung, und wird daher dadurch, daß der enterbte Sohn zum fideicommissarischen Erben gemacht wird, nicht wiederhergestellt, weil der fideicommissarische Erbe eben gar kein Erbe im Sinne des speculativen

---

[1] Beiläufig wird jetzt aus dem speculativen Begriff auch klar sein, warum das prätorische Erbrecht der Ascendenz nicht dasselbe sein kann, wie das der Descendenz. Wenn auf die Verwandtschaft gesehen wird, so ist allerdings der Vater dem Kinde so nahe verwandt, wie das Kind dem Vater. Aber wenn die Kinder die unmittelbar daseiende Fortsetzung der väterlichen Willenssubjectivität sind, so läßt sich umgekehrt nicht ebenso sagen, daß der Vater die natürliche Fortsetzung des Kindes sei, das vielmehr nur seine Fortsetzung bildet. Aus dieser aus dem speculativen Begriff entspringenden mangelnden Gegenseitigkeit werden jetzt z. B. die Worte Papinian's ganz klar sein, L. 7, §. 1 unde liberi (38, 6): „*Non sic* parentibus liberorum, ut liberis parentum *debetur hereditas;* parentes ad bona liberorum *ratio miserationis* admittit, liberos *naturae simul et parentum commune votum.*“ — Das Fortwirken oder der Widerschein des civilistischen Geistes im prätorischen Erbrecht, trotz der Gegensätzlichkeit desselben, kann seine volle Erklärung freilich erst später (Nr. XL) finden.

[2] L. 18 de lib. et posth. (28, 2).

[3] Siehe über die Auslöschung der Suität durch die Enterbung Cujacius in Dig. l. l. et in Nov. I, part. I.

Begriffs oder des jus civile, nicht Willensfortsetzer, sondern nur Vermögensempfänger ist.

Wir haben bisher den Begriff und die Nothwendigkeit des suus, die Bedeutung seines Namens und den Grund, warum er weder der Adition benöthigt, noch civilrechtlich der Repudiation fähig sein kann, kennen gelernt. Es ist jetzt am Ort, die weitern Consequenzen des speculativen Begriffs zu entwickeln und als ebenso viele Sätze des jus civile nachzuweisen.

Was zunächst den Umfang der Bezeichnung des suus betrifft, so ist klar, daß, da der Begriff der Suität nichts mit der natürlichen Verwandtschaft, noch mit der Familie in unserm (heutigen) Sinne zu thun hat, sondern schlechthin in der vorhandenen Willensidentität der in seiner Gewalt stehenden Personen mit dem Erblasser wurzelt, nur alle solche, aber auch schlechthin alle solche, die in seiner Gewalt stehen, sui sind. Die Ursache der Gewalt, ob eheliche Zeugung, Adoption, causae probatio, Legitimation oder in manum conventio, ist daher gleichgültig, und es erben daher die in manum übernommene Frau, und die Tochter wie der Sohn, ja sogar die Schwiegertochter als die in manum geheirathete Frau des in der Gewalt stehenden Sohnes gleichmäßig als sui.[1] Und da der Begriff des suus in der Unmittelbarkeit der Identität, in der Willenseinheit als daseiender besteht, so kann hier nichts auf Wissen und Kennen ankommen, welches alles Vermittelungen und daher nur da nöthig sind, wo erst durch besonderes Wissen und Wollen eine Identität hergestellt werden soll, und es erbt deshalb der während unsers Lebens empfangene postumus, wenn er nur bei seiner Geburt in unserer Gewalt gestanden hätte (d. h. unser Sohn oder der Sohn eines in unserer Gewalt Stehenden ist), gleichfalls als suus. Ulpian[2]: *Postumi* quoque liberi, ii qui in utero sunt, si tales sunt, ut nati in potestate nostra futuri sint, *suorum heredum* numero sunt. Denn als seiende Willenseinheit, als unmittelbar gegebene, dringt dieselbe bis in den Uterus und ergreift die Person bis in die Anfänge ihres Personseins hinein. Der postumus ist darum durchaus in eben solcher Willenseinheit, er ist auch als Enkel u. s. w. ein ebenso unmittelbarer Willensfortsetzer des Gewalthabers, als es des postumus Vater gewesen wäre. Es tritt hier wieder, wie bei jedem Schritt, hervor, wie das gesammte Erbrecht nicht zu verstehen ist ohne den von uns entwickelten speculativen Begriff. Wir werden später sehen, daß und warum eine incerta persona zum Erben nicht einmal eingesetzt werden darf. Es

[1] Gajus, Comm., III, §. 1; Ulpian, XXII, §. 14, XXVI, §. 1; Paulus, R. S., IV, 8, §§. 3, 4, 8, 10.

[2] Fragm. XXII, 15.

beruht dies darauf, daß, damit der subjective Wille sich als identisch mit einer andern Willenssubjectivität setzen kann, dieser andere Wille ein für den ersten gewisser und bekannter Wille sein muß. Der postumus gilt aber im römischen Civilrecht als eine *persona incerta;* Gajus[1]: „Ac ne *heres* quidem potest institui postumus alienus; est enim *incerta persona.*" Hier scheint also ein Widerspruch vorzuliegen, da der postumus dennoch wieder suus heres ist. Allein dieser scheinbare Widerspruch verschwindet vor der Kraft des Begriffs. Denn eine incerta persona kann nur der fremde postumus sein. Der eigene postumus aber, als identisches Dasein des eigenen Willens des Gewalthabers, ist ihm, weil eine mit seinem eigenen Willen identische, auch eine sehr gewisse, sehr bekannte, ihm trotz seines noch unterirdischen Daseins gerade so gut wie er sich selbst bekannte Willensperson! Er ist also gar keine persona incerta für den eigenen Gewalthaber, sondern nur für den Fremden.

XXII. Erste Andeutung des Verhältnisses des testamentarischen zum Intestaterbrechte. Der Satz nemo pro parte testatus u. s. w. Der suus als die indifferente Mitte von testamentarischem und Intestatrecht.

So widerlegt sich also bei dem wahren Erbbegriffe von selbst, was Gans, II, 97, Note 110, sagt: „Es könnte vielleicht umgekehrt scheinen, daß, weil eine incerta persona, wozu auch der alienus postumus gehört, als Erbe des alten Rechts nicht eingesetzt werden könne, diese Ausnahme zu Gunsten des postumus suus auf eine Bestimmtheit und auf die gegenwärtige Liebe für die zu erwartenden Kinder deute. Aber gerade, daß die Römer den postumus für eine incerta persona erklären, für den suus aber die Einsetzung oder Exheredation gestatten, macht diesen *postumus suus* nicht weniger zu einer *incerta persona,* aber zu einer ausgenommenen." Es hat sich vielmehr gezeigt, daß von einer Ausnahme gar nicht die Rede sein kann, der postumus vielmehr lediglich für den Fremden eine persona incerta sein kann, für den Gewalthaber aber eine certissima sein muß. Von „Liebe" kann bei dem römischen Erbrecht überhaupt so wenig die Rede sein, daß die-

[1] II, 241, 242.

selbe ebenso wenig auch nur als Gegensatz und kritischer Maßstab zu gebrauchen ist, um dasselbe zu verstehen. Hierin wurzelt eben der das Verfehlen alles Weitern dann mit Nothwendigkeit nach sich ziehende Grundirrthum von Gans, daß er, statt den concreten römischen Erbbegriff aufzusuchen, das Intestaterbrecht seinem Princip nach als das System der Familienliebe auffaßt, dies dem testamentarischen Erbrecht als gleichberechtigten begrifflichen Gegensatz gegenüberstellt, und letzteres dann aus diesem Gegensatz und seiner Reibung mit dem erstern, als seinem innern Factor, erklären will sowol in Bezug auf seine dogmatische Gliederung als geschichtliche Bewegung, welches Alles in gleichem Maße irrig ist.

Die Stellung des römischen Intestaterbrechts zum testamentarischen ist vielmehr, um dies kurz hier anzudeuten und so weit schon hier der Charakter des Intestatrechts dargelegt werden kann (s. später Nr. XXVI und XL), folgende: Beide haben zunächst ihre Einheit in dem von Gans nicht erkannten Grundgedanken alles römischen Erbrechts, der Unsterblichkeit des noch als subjectiver Wille aufgefaßten Geistes, kürzer, der subjectiven Willensunsterblichkeit. Dieser Begriff bildet die Gattung der beiden Arten des Intestat- und Testamentserbrechts, die bei Gans gar keine Gattungseinheit gemeinsam haben, sondern bloße Gegensätze sind. Gerade um der Einheit dieses Gattungsbegriffs willen gibt es auch eine Einheit von testamentarischem und Intestaterbrecht, eine indifferente Mitte beider. Diese indifferente Mitte bildet nämlich eben der suus, der, als unmittelbar von selbst daseiende Willensfortsetzung, sowol erbt ohne Testament (als präterirter), als ohne Gesetz (s. oben S. 191 fg. über den Zwölftafelsatz, welcher den suus nicht einsetzt, sondern sein von selbst vorhandenes Erbthum nur voraussetzt). Nur wenn die im suus vorhandene unmittelbare Willensfortsetzung nicht vorliegt, wenn also kein suus da (oder wenn er durch Enterbung beseitigt ist), tritt die Nothwendigkeit ein, daß der subjective Wille sich selbst durch eigene Uebertragung fortsetzt (Testament), oder, wenn diese fehlt, durch Anordnung des Staats übertragen und fortgesetzt wird (Intestaterbfolge). Daß der Intestaterbe gleichfalls dieselbe Fortsetzung des subjectiven Willens ist wie der Testamentserbe, zeigt sich außer allem andern schon daran, daß er gleichfalls vor allem die sacra singuli hominis perpetuiren muß. Das Intestaterbrecht des jus civile sucht daher die Willensfortsetzer des Todten auf, und findet es keine unmittelbaren Willensidentitäten mit ihm (sui), so bestimmt es nun als jene Fortsetzer die mit ihm in dieser Willensidentität Gewesenen, d. h. die Agnaten, die durch das Gewaltband früher Geeinten. Das Intestaterbrecht, auf welches wir uns einstweilen noch unmöglich näher einlassen können, hat daher inhaltlich kein selbständiges und kein dem testamentarischen Erbrecht ent-

gegengesetztes, hat kein anderes Princip als das testamentarische selbst. Es ist ein Grundirrthum von Gans, daß er — ein Vorwurf, der auch alle positiven Juristen in ganz demselben Grade trifft — statt sich, wo es sich um das alte jus civile handelt, in den antik-römischen Geist hineinzuversenken, unbewußt von relativ-modernen und in ihrer Substanz germanischen Anschauungen ausgehend, das römische Intestatrecht stets auffaßt als eine Pflicht des Todten gegen die Hinterbliebenen, ihnen sein Vermögen zu hinterlassen, während es umgekehrt begrifflich zunächst wurzelt in der Pietätspflicht der Lebenden gegen den Todten, seine Willenssubjectivität fortzusetzen (eine Pietätspflicht, die ebendeshalb bei der Nähe des suus sogar eine Zwangspflicht ist), Vermögen und Erbthum überhaupt dem römischen Geiste in ihrem Begriffe durchaus nicht identisch sind und daher auch in der Wirklichkeit durchaus nicht nothwendig zusammenfallen, wie wir dies als den wahren und alleinigen Schlüssel zum Wesen des römischen Civilerbrechts außer allen Zweifel gesetzt zu haben hoffen. So verkehrt sich für Gans — und die Autoren überhaupt — das Intestaterbrecht in einen selbstständigen und dem Testament als dem Princip der „reinen persönlichen, auf sich beruhenden Willkür" gegenüberstehenden „Ausdruck des dieser Willkür entgegengesetzten substantiellen Princips" (I, 31 und überall), in ein Princip sittlicher Familienliebe und der Anerkennung ihres Rechts auf den Vermögensnachlaß, obwol Gans hierbei doch selbst wieder zugeben muß, wie dieses angebliche Princip „dieselbe Härte und Lieblosigkeit", dieselbe „Hervorbringung der Willkür" (S. 33 und a. a. O.) ist, wie auch das testamentarische Erbrecht, ein Zugeben, womit nichts anderes zugegeben ist, als daß dieser ganze Gegensatz zwischen Testaments- und Intestaterbrecht gar nicht stattfindet und ein lediglich von Gans aus heutigen Anschauungen supponirter und fingirter Gedanke ist. Wie fremd dem römischen Intestaterbrecht ein solches Princip substantieller Familienliebe ist, beweist gerade, als dasselbe wirklich beim Untergang echtrömischer Geisteswelt — beim Untergang der Republik — auflösend hereinzubrechen beginnt, die ungewisse, zitternde und sich selbst verleugnende unprincipielle Form, in der es auftritt (s. was wir oben sub Nr. X über die querela inofficiosi gesagt haben). Ebenso wenig wie das Intestatrecht inhaltlich einen selbständigen Begriffsgegensatz gegen das Testamentsrecht bildet, ebenso wenig bildet es formell einen selbstständigen und gleichberechtigten Gegensatz gegen dasselbe, wie Gans dies als das „plebejische und patricische Princip" charakterisirend darstellt. Da Erbthum überhaupt Fortsetzung des subjectiven Willens ist, so ist die ihrem Begriff adäquateste Fortsetzung diejenige, die durch den subjectiven Willen selbst gesetzt ist, und es wird daher vorzüglicher sein, sogar den suus, den unmittelbar seienden Willensfortsetzer, lieber

selbst einzusetzen, um zu zeigen[1], daß dies Verhältniß des unmittelbaren Seins vom subjectiven Willen selbst gewollt ist.[2] Mit andern

[1] Besser als alle Texte der römischen Juristen zu zeigen vermöchten, zeigt ein Fluch bei Plautus, welchen unendlichen Vorzug im römischen Volksgeist das Testament über das Beerbtwerden ab intestato hat, auch wenn gar nicht darauf Rücksicht genommen wird, ob nicht nach beiden Systemen dieselbe Person Erbe sein würde. Es ist der Fluch bei Plautus, Curc., V, 2, 24: „Jupiter te male disperdat, *intestatus vivito.*" („Daß Jupiter dich verderbe, mögest du intestatus leben.") Was ist denn das nun aber für ein Unglück, wenn man Kinder oder Verwandte hat, die ebenso gut ab intestato dran kommen würden, als wir sie wol selbst zu Erben einsetzen? Wie kann das also zum Fluch werden? Man versuche doch einmal heut jemand zu fluchen: „Mögest du ohne Testament sterben", und sehe, ob ihm das einen Eindruck machen wird! Es kann nur da zum Fluch werden, wo es nicht sowol darauf ankommt, wer erben, als vorzüglich wie geerbt werden wird. Es kann nur darum zum Fluch werden, weil der Intestaterbe als solcher nur der vorausgesetzte, vermuthete, subsidiäre Willenserhalter des Subjects und darum für den Volksgeist von unendlich geringerm Werth, von unendlich geringerm Trost für die subjective Fortdauer ist als der durch ausdrücklichen subjectiven Willen Gesetzte (vgl. Nr. VII und Nr. XL).

Um einem etwaigen Misverständniß vorzubeugen, bemerken wir: der Fluch bei Plautus wird vom Sprechenden gegen jemand ausgestoßen, der sich geweigert hatte, ihm als Zeuge bei einer in jus vocatio zu dienen, und so könnte man vielleicht entgegnen wollen, daß das intestatus vivito blos ganz allgemein heißen solle, er möge auch unbezeugt leben, keinen Zeugen finden.

Allein nach unsern frühern Ausführungen muß schon einleuchten, wie dies nur auf einem Umweg zu demselben Resultat führt. Das Testament ist eben die testatio mentis, die Bezeugung, Offenbarung des Geistes. Wer niemals einen Zeugen findet, kann auch diese höchste und substantiellste Selbstbezeugung nicht vornehmen, was eben erst diesem zur Strafe für die Weigerung ausgestoßenen Wunsch die innere Gerechtigkeit verleiht, ihn an die Weigerung des zum Zeugen Ersuchten anzuknüpfen und zugleich andererseits die von dem Sprechenden offenbar beabsichtigte Wirkung, etwas zwar aus der Handlung des andern Folgendes, aber noch viel Schwereres ihm anzuwünschen; was also erst den Worten die schwere Bedeutung des Fluchs und der Verwünschung gibt (vgl. oben S. 19, Note 1).

[2] Will man hierfür, außer dem bekannten ängstlichen Werth, welchen die Römer darauf legen, nicht ohne Testament zu sterben, selbst wenn sie nur dieselben einsetzen, die auch Intestaterben gewesen wären, noch einen besondern Beweis, so tritt er auf das ausdrücklichste in dem gesammten Digestentitel: „Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem" (29, 4), hervor.

Gerade in seinen Verschlingungen mit dem prätorischen Recht kann oft der wahre Geist des Civilrechts am deutlichsten sich kundgeben. Denn es ist für das gesammte Verhältniß des prätorischen Rechts zum jus civile hauptsächlich wichtig, immer festzuhalten, wie das prätorische Recht nicht nur die Auflösung und Aufweichung des jus civile darstellt, sondern in dieser Auflösung immer noch von dem Geist des jus civile selbst regiert bleibt (vgl. Nr. V, IX und XL). Der besagte Digestentitel richtet sich dagegen, daß die eingesetzten Erben, wenn sie zu-

Worten: das Testamentserbrecht ist als adäquateste Erscheinung des Erbthums überhaupt mit dem Begriffe desselben identisch und darum selbst

---

gleich die Intestaterben sind, die Testamentserbschaft prätermittiren, um die Intestaterbschaft anzutreten. Es ist dies ihr strenges civilistisches Recht, aber es ist unbillig von ihnen gegen den Todten, daß sie, statt ihm die ihrem Begriff adäquateste, die vom subjectiven Willen ausdrücklich gesetzte Willenserhaltung zu geben, ihm nur die vom Staat subsidiarisch verordnete geben, aus Rücksicht auf ihren eigenen, aus der Beseitigung der Legate entspringenden Vermögensvortheil. Darum tritt hier die prätorische Billigkeit wieder zu Gunsten des civilistischen Erbbegriffs ein und zwingt diese Intestaterben das Testament aufrecht zu erhalten. (Ulpian, L. 1 pr. hoc. tit.: „Praetor *voluntates* defunctorum *tuetur* et eorum *calliditati* occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possident ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex judicio defuncti deberi potuit, si non ab intestato possideretur hereditas et in eos actionem pollicetur.) Freilich ist nichts näher liegender und plausibler, als auch hier wieder die Täuschung, das sei blos eine Billigkeit gegen das Vermögensrecht der bedachten Legatare. Aber dies ist nur der Schein; sie sind wieder nur der Boden, auf welchem sich die Rücksicht auf den in seiner Ausdrücklichkeit fortexistirenden erblasserischen Willen zeigt. Man wird dies schon nach allen bisherigen Ausführungen von selbst evident finden. Aber auch sämmtliche reale Bestimmungen dieses Digestentitels, die wir hier freilich nicht analysiren können, beweisen dies; oft schimmert es selbst aus den Worten klar genug hervor, z. B. Ulpian, L. 1, §. 3 h. t.: „Quid ergo, si servus ejus, quum juberetur adire hereditatem, *dicto audiens* non fuit? Sed compellendus est servus hoc facere; ideoque dominus ab intestato veniens in Edictum." Auf die innere Willensbeziehung des Erben auf den erblasserischen Willen kommt alles an, nicht auf das äußere Recht der Legatare. Dies tritt nämlich sofort realiter darin hervor, daß, wenn nur die Willensbeziehung des Erben auf den Erblasser eine untadelhafte war, wenn er also z. B. von dem Sklaven nicht in Kenntniß gesetzt wurde und so die Intestaterbschaft antrat, er nicht unter das prätorische Edict fällt und den Legataren nichts zu leisten braucht, obgleich doch deren Recht und seine Verkürzung hier ganz dieselbe ist; Ulpian, L. 1, §. 4 h. t.: „Sin autem nec certioratus est dominus a servo, et postea ipse ab intestato possedit hereditatem, *non debet incidere* in Edictum, nisi fingit ignorantiam." Es tritt ferner darin hervor, daß, wenn etwa der Schein entsteht, das Ausschlagen des Testaments geschähe mit dem Willen des Todten, das Edict nicht zur Anwendung kommt, dann also z. B., wenn ein Erbe prätermittirt, der vom Testator nicht nur instituirt, sondern auch substituirt war, weil durch die Substitution der Testator selbst den Erben zu ermächtigen schien, die Institution auszuschlagen und er also hierbei ein anderes Verhältniß zu seinem Willen hat, als wenn er sie nur auf Grund des ermächtigenden Gesetzes, resp. seines eigenen Rechts ausschlug; L. 1, §. 5 h. t.: „Si proponatur idem et institutus et substitutus, et praetermiserit institutionem, an incidat in Edictum quaeritur; et non puto incidere quasi testator hanc ei dederit facultatem, qui eum substituit"; vgl. L. 6 pr. §. 1 h. t.

Die Billigkeit, mit welcher so der Prätor den civilistischen Erbbegriff gegen das formell-civilistische Recht seiner Beeinträchtigung aufrecht hält, findet aber auch

die höhere Einheit seiner und des Intestaterbrechts, oder, wie die römischen Juristen diesen Satz ausdrücken: Intestaterbrecht wird erst ganz subsidiarisch, wenn die Erbfolge auf keine Weise mehr aus einem Testament gegeben werden kann, verliehen. (L. 39 de acqu. vel om. her. 29, 2.) In diesem Satze zeigt sich auf das durchschlagendste, daß das Intestaterbrecht nicht, wie Gans' gesammter Entwickelung zu Grunde liegt, ein formell-selbständiger, begrifflicher und darum gleichberechtigter Gegensatz zum Testamentserbrecht ist, sondern von diesem als der übergreifenden Einheit zu einem untergeordneten Momente seiner selbst herabgesetzt ist. Wie kann begrifflich von einem principiellen, formellen begrifflichen Gegensatz die Rede sein, wenn das eine Moment dem andern nicht formell und gleichberechtigt gegenübersteht, sondern von diesem selbst zu einem subsidiären Dasein, zu einem bloßen Dasein, falls es selbst nicht da ist, also zu einem, wenn auch gegensätzlichen Momente seiner eigenen Einheit herabgesetzt ist? Wie kann historisch vom Testaments- und Intestaterbrecht als dem Gegensatz des „plebejischen und patricischen Princips" die Rede sein, wenn das Intestaterbrecht, also gerade das, was das patricische Princip darstellen soll, nur subsidiarisch gilt? Wir würden so das patricische Princip als die untergeordnete, subsidiäre Aushülfe des plebejischen Princips gewinnen!! Und dieser Satz, daß alles Intestatrecht nur subsidiarisch in Betracht kommt, läuft doch allermindestens bis auf die Zeit des Zwölftafelgesetzes zurück! Zu so erstaunlichen Irrthümern muß jedes Philosophiren auch den Geist- und Verdienstvollsten nothwendig treiben, sobald es, im Abstracten stehen bleibend, den concreten Begriff verfehlt. Das Testamentsrecht kann somit durchaus nicht, wie Gans will, aus dem Intestatrecht, und aus seinem Gegensatze zu diesem, wol aber dieses aus jenem erklärt werden, weil jenes eben schon selbst die Einheit beider ist. Das Testamentserbrecht kann ebenso wenig, wie Gans thut, in seiner geschichtlichen Bewegung aus dem Intestatrecht und dem Kampfe mit dem Princip desselben entwickelt werden, weil eben jener Kampf gar kein principaler, sondern zum ruhigen Gegensatze innerhalb der Einheit des Testamentsrechts herabgesetzt ist, also gar nicht das treibende Moment der historischen Entwickelung bildet. Indem nun aber die Fortsetzung und Identificirung des subjectiven Willens nur dann eine wahrhaft ihrem Begriff adäquate ist, wenn sie vom subjectiven Willen selbst gesetzt und vollbracht ist, schließt jedes Selbstsetzen seiner Identität und Fortsetzung durch den subjectiven Willen jede durch die positiven Gesetze des Staats nach der ihm eigenen allgemeinen Ord-

dem testamentarisch eingesetzten suus gegenüber statt, der sich des Testaments enthält und ab intestato antritt; L. 1, §. 7, L. 23 h. t.

nung aushülfsweise als solche gesetzte und anerkannte Fortsetzung seiner aus, d. h. der Wille kann nicht als ein aus seiner allgemeinen Natur zu ergänzender gelten, wenn er sich selbst gesetzt hat (= alles Intestaterbrecht gilt nur subsidiär) oder, was dasselbe ist und mit Nothwendigkeit daraus hervorgeht: der subjective Wille kann immer nur entweder als sich selbst setzender oder als ein durch den Staat gesetzter vorhanden sein. Denn durch sein Selbstsetzen hebt er jedes Gesetztsein seiner durch Andere auf, schließt es also aus (= nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest). Pomponius hat also Recht, zu sagen (L. 7 D. de reg. jur. 50, 17): „earumque rerum *naturaliter* inter se *pugna* est, testatus et intestatus". Man hat diesen so einfachen Satz nie zu begreifen vermocht, obwol man ganze Bände über ihn geschrieben; man hat ihm die künstlichsten, widersprechendsten und gequältesten angeblich historischen Auslegungen gegeben.[1] Das war wiederum nur die einfache Folge davon,

[1] So erklärt ihn Haubold, „De causis cur idem et testato et intestato decedere non potest" (Leipzig 1788), mit dem beliebten, von der Comitienform des Alten Testaments hergenommenen Raisonnement; da die Intestaterbfolge ein Gesetz gewesen sei, das in den Comitien gemachte Testament aber auch die Form eines Gesetzes gehabt und so ein Abgehen von jenem frühern Gesetz dargestellt habe, so wäre in dieser äußerlichen Weise der Grundsatz von der Unvereinbarkeit beider entstanden. Auch wären bei den sacris die Intestat- und Testamentserben sonst leicht in ein misliches Verhältniß gekommen. Endlich habe die Form des Testaments per aes et libram die Mancipation der ganzen Familie verlangt (warum? Danach fragt man ja eben! Denn freilich fällt die letzte begriffliche Antwort auf die Frage, warum das Mancipationstestament diese Form hat, warum es über das ganze Vermögen verfügen muß — worauf die wahre Antwort ist: weil es überhaupt gar nicht über das Vermögen, sondern nur über den Willen verfügt; s. Nr. VIII — auch ganz und gar mit der Frage nach der Bedeutung des obigen Grundsatzes zusammen). — Thibaut (Civil. Abhandlungen, S. 70 fg.) widerlegt daher dies alles und will den Grundsatz blos aus dem buchstäblichen Anklammern an das Wort intestato im Zwölftafelgesetz herleiten, wie ganz ebenso der neueste Autor Ihering (s. oben S. 191, Note 3); einen innerlichen Grund habe die Regel nicht. Seuffert (Archiv für civil. Praxis, III, 117 fg.) begnügt sich zu gestehen, daß man überhaupt keine befriedigende Antwort auf die Frage geben kann. Dernburg (Beitr. zur Geschichte der Röm. Test., S. 311 fg,) beantwortet sie mit der Haubold'schen petitio principii von der Form des Mancipationstestaments. Vangerow (Pandekten [Marburg 1852], II, 5) erklärt den „Sinn" dieser Regel dahin: „der Sinn dieser Regel ist, daß das Testament als den ganzen Nachlaß erschöpfend angenommen werden müsse" u. s. w., wobei also unter „Sinn" die unmittelbare und niemals in Streit gewesene Wortbedeutung der Regel verstanden wird. Ganz genau genommen, ist aber nicht einmal diese Wortbedeutung richtig. Denn die Regel hat nicht den Sinn, daß das Testament selbst als den Nachlaß erschöpfend angenommen werden, sondern daß es diese forcirte Wirkung haben müsse. Im übrigen meint Vangerow mit Seuffert, daß, wie

daß man das Erbrecht immer als eine Vermögensverfügung auffaßte. Bei dieser Auffassung mußte dann freilich ganz unbegreiflich bleiben, warum nicht der eine Theil des Vermögens nach Testament, der andere nach Intestatrecht sollte geerbt werden können. Sowie aber der Erbbegriff als die identische subjective Willensfortexistenz erfaßt wird, verschwindet jede Schwierigkeit, der Satz wird vielmehr zur selbstredendsten logisch-nothwendigen Folge, und man begreift, daß dem Römer mit Recht jeder Widerspruch gegen denselben als etwas „Absurdes" (s. Papinian, L. 15, §. 2, de inoff. test. 5, 2), den Denkgesetzen Widerstreitendes erscheinen muß. Denn der Wille ist ein ideeller, in sich untheilbarer Act. Hat der Wille sich durch eigenes Setzen seine Fortexistenz bestimmt, so hat er durch dies Selbstbestimmen jeden ihm überhaupt nur aushülfsweise gegebenen Fortsetzer — eine Ergänzung, die ja nur eben bei seinem eigenen Schweigen eintreten kann und soll — ausgeschlossen; gilt er dagegen als ein solcher, der in dem Falle dieses Schweigens ist, in welchem ihm das Gesetz den Fortsetzer bestimmt hat, so kann er eben sich nicht durch eigenes subjectives Setzen Ausdruck gegeben haben. Jedes schließt, wie die Bestimmungen von positiv und negativ, wie Reden und Schweigen u. s. w., das andere aus.

Es ist somit allerdings ein Gegensatz, ein „natürlicher Kampf", wie Pomponius sagt, zwischen Testaments- und Intestaterbrecht vorhanden. Beides schließt sich so nothwendig und einfach aus, wie ich dadurch, daß ich durch ausdrückliche Angabe über das, worin ich mein Wesen setze, jede stillschweigende oder durch einen Andern dieser Selbstoffenbarung gegebene Ergänzung nothwendig ausschließe. Aber dieser Gegensatz ist ein einfacher logischer Verstandesgegensatz innerhalb der begrifflichen Einheit; dieser Gegensatz ist ein kleiner seitwärts lie-

---

schon Cujacius früher unterschieden hat, nur ab initio nicht so testirt werden, hinterher aber der Testator so beerbt werden könne (vgl. Huschke, Rhein. Mus., VI, 298 fg.); eine irrige Unterscheidung, welche nur auf der nicht verstandenen Ausnahme der querela inofficiosi beruht, welche sich uns unten (Nr. XXVI) ganz anders erklären wird. Ueber den Aufsatz von Huschke endlich über diese Regel (Rhein. Mus., Bd. 6) siehe ausführlicher in der Beilage zu Nr. XL.

Aber auch die Erklärung, die Gans von diesem Grundsatz gibt, der in ihm die Darlegung des Kampfes der beiden sich gleichberechtigt gegenüberstehenden Sphären des Intestatrechts, als des substantiellen Princips, mit dem Testamentsrecht, als dem Princip der Willkür sieht, ist nur glänzender und geistvoller, aber, wie wir später genauer sehen werden, um nichts wahrer als die vorhergehenden. Hier genügt es, darauf aufmerksam zu machen, daß der Grundsatz gar nicht, wie Gans will, einen Kampf zwischen Intestaterbrecht und Testamentsrecht ausdrückt, sondern nur daß ein bestimmtes Erbthum nicht zugleich ab intestato und durch Testament übertragen werden könne.

gender ruhiger Kreis, welchen der große Kreis des römischen d. i. testamentarischen Erbbegriffs als der Continuation der Willenssubjectivität in seiner Selbstentwickelung wirft. Dieser Gegensatz ist also da, aber als ein untergeordneter und sein Wesen nicht in sich, sondern in einem andern habender, als der ruhige Gegensatz der Ergänzung, eine Ergänzung, die, schon als Ergänzung, nothwendig in einer begrifflichen Einheit mit dem zu Ergänzenden steht, und nur deshalb zu ihrem Principale wieder in einem ausschließenden und von ihm ausgeschlossenen Verhältniß stehen muß, weil die Frage beim Testament gar nicht die ist, was alles gewollt worden ist (d. h. welche Vermögensbestimmungen getroffen wurden; hier wäre eine nichtausschließende Ergänzung zulässig), sondern ob überhaupt ausdrücklich gewollt worden ist (ob der Wille sich selbst den Perpetuirer erzeugt hat) eine nur mit Ja oder Nein zu beantwortende qualitative Frage. Indem nun aber Gans aus diesem seitwärts liegenden untergeordneten Kreise, aus dem Gegensatz von Intestat- und Testamentsrecht das Ganze des Erbrechts, seine dogmatische Gliederung und historische Bewegung erklären will, geräth er dadurch zu demselben in die Stellung, die jemand zu einem Bilde hat, das er von der Seitenfläche desselben aus betrachtet. Alle Linien und Configurationen des Gemäldes verschieben sich, und selbst das Richtige noch, was in seiner Betrachtung liegt, nimmt einen schielenden Charakter an.

Das testamentarische Erbrecht hat vielmehr wie das Princip seiner dogmatischen Gliederung, so auch, wie bereits gezeigt worden ist, das seiner treibenden historischen Bewegung nirgends anderwärts als in seinem eigenen speculativen Begriffe. Der Wille, als das der realen Außenwelt gegenüberstehende ideelle Subjective, muß diese seine speculative Natur auch im Erben zeigen, indem er denselben, diese Spaltung an ihm manifestirend, der Realität des Vermögensobjects gegenüberstellt und, ihm nichts als den inane nomen heredis lassend, realiter enterbt. Gerade in dieser Spaltung hat zugleich der Erblasser den höchsten Triumph und die höchste Gewähr seiner unintereſſirten reinen Willensfortdauer. Aber dieses Interesse des Erblassers findet seinen Gegensatz am Interesse des Erben, der, an sein eigenes Selbst denkend, auszuschlagen beginnt, und nun entsteht der Kampf wie die Reibung dieser beiden Selbst, die im Erbthum gerade identificirt werden sollen, als das entwickelnde Moment der geschichtlichen Veränderung, wie wir es oben dargestellt haben, erzeugt bei fortschreitender Abreibung des specifischen Römerthums die für sich abgesonderte Berechtigung der Vermögensfolge als solcher, als die außerhalb seiner, des civilrechtlichen Erbkreises, liegende prätorische bonorum possessio, durchdringt sich in den mannichfaltigsten

Verwickelungen und Verschlingungen mit diesem für sich selbständig gesetzten Princip, und übt dieselbe gestaltende Einwirkung auch auf das Intestatrecht aus.

XXIII. Fortsetzung der Suität und ihrer begrifflichen Folgen. Die Vermittelung und ihre Dialektik.

Wenn aber der Begriff des suus die Unmittelbarkeit der Willensidentität ist, so ist die nothwendige Folge hiervon, daß dies Willensverhältniß nicht als ein vermitteltes vorhanden sein darf. Es ist also eine höchst speculative Consequenz des Begriffs, daß die Suität ausgeschlossen ist, wenn noch ein Vermittler vorhanden ist, durch welchen der in der Gewalt Stehende mit dem Gewalthaber zusammengeschlossen und vermittelt wird; d. h. der Enkel, der der suus des Großvaters wäre, ist es nicht, wenn sein Vater beim Tode des Großvaters noch lebt und in dessen Gewalt steht.[1] Die Rechtfertigung dieses Satzes liegt vollständig in dem Gesagten vor. Aber je tiefer man ihn betrachtet, desto mehr rechtfertigt er sich und unsere obige Begriffsentwickelung. Denn wenn der suus heres, wie wir sagten, nur dies ausdrückt, zum Subject und Träger seiner eigenen Willenssubstanz zu werden, so kann der Enkel, wenn beim Tode des Großvaters der Vater lebt, nicht suus sein, weil er überhaupt noch nicht Subject (sui juris), also auch nicht Subject seiner eigenen Willenssubstanz (suus heres) wird, sondern dies Subject noch immer nach wie vor in einem Andern, dem Vater, behält. Der Enkel wird also nicht zum suus, wenn er, mit Enterbung des Vaters, vom Großvater eingesetzt ist. Denn er ist dann immer nur gesetzter, nicht vonselbstdaseiender Erbe. Er wird ebenso wenig — unter Voraussetzung der justinianischen successio graduum — zum suus, wenn der Großvater ab intestato stirbt und dann der Vater sich enthält.[2] Denn immer erscheint sein Erbrecht dann durch den Vater vermittelt. Indem vielmehr sein Begriff gerade darin besteht, nicht vermittelt zu sein, muß die Maxime sich bilden — und dies ist ihre Bedeutung —: „successio in *suis* heredibus non est".[3]

Aber wenn der Vater vor dem Großvater gestorben, oder nicht mehr in seiner Gewalt steht, dann muß der Enkel ein suus sein. Denn die Willensidentität zwischen ihm und dem Gewalthaber ist jetzt nicht mehr

[1] Gajus, Comm., II, §. 156; Paulus, R. S., IV, 8, §§. 7 und 8; Inst., §. 2 de hered. quae ab int. def. (3, 1).

[2] Cujacius, Obss., III, 21, ad Africanum L. 16 D. de post. et lib.

[3] Ulpian, L. 1, §. 8, de suis et legit. hered. (28, 16).

eine durch das Dasein des Vaters vermittelte. Durch das Ausscheiden desselben ist aufgehobene Vermittelung, also zur Unmittelbarkeit zusammengesunkene Vermittelung vorhanden.

Als verschwundene Vermittelung hebt dieselbe den Charakter der durch ihr Verschwinden hergestellten Unmittelbarkeit nicht auf, und die zur Zeit des Todes unvermittelt in der Gewalt stehenden Enkel, Urenkel und Ururenkel können daher, da sie jetzt gleichfalls unmittelbare Willensidentitäten mit dem Erblasser sind, durch einen andern noch lebenden Sohn des Erblassers nicht ausgeschlossen werden, sondern erben trotz des nähern Grades desselben gleichzeitig mit ihm [1] und zwar ebenfalls als sui.[2]

Allein, wenn die gewesene Vermittelung die durch ihr Verschwinden hergestellte Unmittelbarkeit auch nicht hindert, Unmittelbarkeit zu sein, so kann es doch bei concreter Begriffserfassung nicht so sein, als ob die gewesene Vermittelung niemals gewesen wäre; sondern als gewesene und aufgehobene Vermittelung ist sie eben aufgehoben, d. h. als verschwunden in der Erinnerung aufgehoben und ideell bewahrt. Oder näher: Der todte Sohn hat durch sein Ausscheiden die von ihm Abstammenden in unmittelbare Einheit mit dem Gewalthaber gesetzt. Aber er hat eben alle von ihm Abstammenden, nicht sie als Einzelne und jeden insbesondere, sondern als die einheitliche Bestimmung der durch ihn Vermittelten, als die einheitliche Bestimmung seiner Descendenz, also als eine Einheit unter sich, in die Unmittelbarkeit der Beziehung zum Gewalthaber gebracht. Wenn die Einzelnen als solche schon früher in der Gewalt des Großvaters, aber in der vermittelten, gestanden haben, so ist, was durch das Ausscheiden des Sohnes in die Unmittelbarkeit der Beziehung zum gewalthabenden Großvater gekommen, was also wirklich und allein zum *suus* geworden ist, diese Einheit der Descendenz des Ausgeschiedenen. Dieselbe kann also nur als Einheit, als Ein suus erben, wie sie nur als Einheit zum suus geworden ist; oder mit andern Worten, es muß Erbfolge in stirpes, nicht in capita, eintreten und die Enkel, aus einem todten Sohne, obwol sui, zusammen nur soviel erhalten, wie jeder lebende Sohn.[3]

---

[1] Gajus, Comm., III, §. 7; Ulpian, XXVI, §. 2; Inst., §. 6 de her. quae ab int. (3, 1).

[2] Siehe Acosta (gegen Cujacius), Comm. ad Instit. de hered. quae ab int., No. 10; L. ult. C. de liber. praet. vel exher. (6, 28).

[3] Siehe die Stellen oben in Anm. 1; Ulpian, a. a. O.: „Si defuncto sit filius et ex altero filio mortuo jam nepos unus, vel etiam plures, ad omnes hereditas pertinet, non ut in capita dividatur, sed in stirpes, id est ut filius solus mediam partem habeat et nepotes quotquot sunt, alteram dimidiam."

XXIV. Fortsetzung der Suität. Die Enterbung und die Präterition. Die Enterbungsformel.

Der suus ist also unmittelbar daseiender Erbe. Allein indem der Römer dies anerkennt, constatirt er nur gleichsam eine naturhistorische Thatsache, die aber nicht die Bedeutung haben kann, eine Schranke für die römische Geistesfreiheit zu bilden.

Sie kann keine solche Schranke bilden; denn der subjective Wille, der überhaupt den Inhalt des römischen Geistes ausmacht und der im Erben als fortexistirend gesetzt werden soll, ist seinem Begriffe nach eben dies, an alles unmittelbare Dasein nicht gebunden zu sein, sondern sich diesem auch gegenüberstellen und es aufheben zu können. Der Begriff der Erbeinsetzung fordert es also absolut, daß ihre Freiheit eine unbeschränkte sei, daß der subjective Wille seine daseiende Identität auch aufheben, auch als Nichtidentität bestimmen kann. Der suus muß also enterbt werden können. Da der suus aber das unmittelbare Dasein des erblasserischen Willens ist, so muß er, wie alles unmittelbare Sein, wenn es nicht sein soll, zuvor aufgehoben werden, d. h. der suus muß, um nicht Erbe zu sein, ausdrücklich enterbt werden. Nicht durch bloßes Hinwegsehen und Ignoriren beseitigt sich das Seiende, welches hierbei vielmehr nach wie vor ein Seiendes bleiben würde; es muß thätig negirt, ausdrücklich aufgehoben werden, um nicht zu sein, und der blos präterirte suus bricht daher nothwendig das Testament. Gajus, II, 123: „Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum vel heredem *instituat*, vel nominatim *exheredet*; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur." Ulpian, XXII, §. 14: „Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi."

Der Satz, daß der suus, obwol er enterbt werden kann, das Testament besiegt, wenn er blos übergangen und ein Anderer als Erbe eingesetzt ist, daß also zu seiner wirksamen Beseitigung die Formel der exheredatio unerläßlich ist, ist daher keine müßige Form, keine „formalistische" Schrulle des Römischen Rechts, wofür man so geneigt sein mußte, ihn zu halten; er ist ebenso wenig, wie Gans meint[1], „bereits ein Sieg des Familiensystems über das System der Willkür", indem sich das letztere des erstern „als der ihm eigentlich vorgehenden(!!) Ordnung erinnern muß"[2]; er ist ebenso wenig, wie Gans

[1] Erbrecht, II, 94.

[2] Es zeigt sich hier wieder recht deutlich, bis zu welcher Unwahrheit und zu welchem Widerspruch gegen alles Positive jede blos abstracte Begriffsauffassung

ferner meint [1], als eine „Ehre" für den suus und andererseits wieder als eine größere „Härte und Grausamkeit" aufzufassen; er ist überhaupt gar nicht psychologisch oder menschlich aufzufassen, womit man sich von vornherein auf einem falschen und darum nothwendig zu falschen Resultaten führenden Weg befände, sondern er ist einfach rein logisch aufzufassen, als das Dasein der logischen Nothwendigkeit, daß das Unmittelbare, wenn es nicht sein soll, thätig aufgehoben werden muß.

Sowol dies wie unsere ganze Begriffsentwickelung des suus empfängt eine neue Bestätigung durch die Formel der Exheredation, wie denn überhaupt in den Formeln des Römischen Rechts immer in graphischster Kürze und monumentaler Gedrungenheit der ganze echt speculative Begriff liegt und durch genau-wörtliche Analyse herausgelöst werden kann. Die Formel lautet: „Titius filius meus *exheres esto*." [2] Sie kann also nicht lauten: *non* heres esto. In dem *ex*heres liegt aber, wie in jedem Compositum mit ex, der genaue Sinn, daß der Zustand, der verneint wird, der bisherseiende war, der jetzt nun aufgehoben und beendigt sein soll, während *non* heres esto nur das künftige Eintreten der hereditas verhüten würde. Es tritt also in dem exheres deutlich hervor, daß der suus schon bis dahin Erbe war [3], daß er unmittelbar daseiender Erbe war und dieser bereits

sich treiben muß. Das „Familiensystem" als die dem Testament „eigentlich vorgehende Ordnung", während sie doch in Wirklichkeit die ihm nachstehende, nur subsidiär — si intestatus moritur, sagt das Zwölftafelgesetz — zur Geltung kommende ist. Das wirkliche Recht wird damit zum Uneigentlichen, und schon dadurch allein hätte sich für einen Philosophen von der Stärke von Gans ergeben sollen, daß in dieser Bezeichnung des wirklich Nachstehenden als des eigentlich Vorgehenden, und umgekehrt, eigentlich nichts anderes heraustritt als die Verfehlung des eigentlichen Begriffs der Sache. — Es wird übrigens wiederholt erinnert, daß, wenn wir vorzugsweise Gans kritisiren, dies nur deshalb geschieht, weil er eben der würdigste und den positiven Juristen weit überlegene Gegner ist.

[1] A. a. O., S. 94 u. 105. Gans kommt hierdurch dahin, sagen zu müssen: „Die allgemeine Qualität als Erbe hat der exheres auch; in Beziehung darauf ist es, wie schon gesagt worden, dieselbe Ehre, heres oder exheres zu sein." Hiernach soll also dem exheres die Qualität als Erbe bleiben, was eine ebenso positive Unwahrheit ist, wie die in der vorigen Note; denn die exheredatio ist ja eben dies, ihm diese Qualität zu nehmen.

[2] Gajus, II, §. 127.

[3] Auch beim extraneus heres heißt es in der Cretionsformel: „Quod ni ita creveris, *exheres* esto." Aber hier ist dies ganz natürlich, da der extraneus durch das vorgängige „heres esto" in den Zustand des Erben versetzt worden war. Beim suus dagegen hätte dies auffallen müssen, da hier keine Einsetzung desselben vorhergegangen ist und somit etwas beendigt wird, was niemals eingetreten zu sein scheint.

Dies empfängt nun durch den entwickelten Begriff des suus, als seienden

existirende Zustand daher erst gebrochen und beendigt werden muß, um nicht fortzudauern.

Dieselbe Consequenz tritt nun in der Stellung heraus, welche die Exheredationsformel im Testamente einzunehmen hat. Wir haben oben gezeigt (Nr. V), warum die Erbeinsetzung schlechthin das Erste sein muß, womit das Testament zu beginnen hat. Denn wenn nicht zuvor durch den Erben das nach dem Tode fortexistirende Dasein des Willens gegeben ist, kann der Wille auch keine Aeußerungen seiner vornehmen. Was muß nun aber vorhergehen, die Institution des Erben, oder die Enterbung des suus? Die Institution des Erben muß vorhergehen, denn wenn und solange der Wille nicht seine Fortdauer hervorgebracht hat, kann er als nicht existirender keine Wirkungen, und somit auch keine Enterbung hervorbringen. Umgekehrt, die Enterbung des suus muß vorhergehen, denn solange der daseiende Willensträger nicht aufgehoben und also noch vorhanden ist, kann kein anderer an seine Stelle gesetzt werden. Die Frage ist also wegen der fictiven Natur der Willenscontinuation eine nothwendig unlösbare, und in der Verzweiflung, eine begriffliche Entscheidung derselben zu erlangen, entschließt sich daher der Römer, es gleichgültig sein zu lassen, ob Exheredation oder Institution einander vorhergehen; nur daß beide unmittelbar aufeinander folgen und den Anfang des Testaments bilden müssen. Ulpian[1]: „Qui testatur, heredis institutione plerumque debet initium facere testamenti, licet etiam ab exheredatione quam nominatim facit; nam Divus Trajanus rescripsit, posse nominatim etiam ante heredis institutionem filium exheredare."[2]

XXV. Fortsetzung der Suität. Die Unterschiede, die innerhalb des Suitätsbegriffs liegen, als erbrechtliche Unterschiede zwischen den verschiedenen sui.

Aber der obige Satz, daß der suus als präterirter das Testament bricht, muß, den Begriffsunterschieden entsprechend, die der suus in sich hat, in formeller wie materieller Hinsicht sich zu einem concreten Reichthum seiner Unterschiede entwickeln.

Erben, seine befriedigende Lösung, und es zeigt sich hierbei wieder deutlich, wie der suus als die daseiende Willensidentität vor und ohne Testament schon ganz in derselben Lage ist, in die der exter erst durch die Einsetzung und ihre Annahme kommt. Der exter kann daher ohne vorherige Einsetzung nicht exheredirt werden (vgl. Gajus, II, 140).

[1] L. 1 de her. inst. (28, 5).

[2] Vgl. L. 3, §. 3, de lib. et post. (28, 2); L. 3, §. 2, de injusto (28, 3).

Der in der Gewalt stehende Sohn ist unmittelbare und volle Identität mit dem Gewalthaber. Er schließt ebendeshalb, wie wir sahen (s. Nr. XXIII), den aus ihm erlangten Enkel des Großvaters aus, weil er selbst durch dessen Tod das berechtigte Subject eines Willenskreises wird, zu dessen Substanz er bisher gehörte. Er ist so das wahrhafte und volle Subjectwerden der bisherigen Willenssubstanz, er kann der suus in seiner höchsten Potenz genannt werden, und seine Identität ist, weil sie eine den eigenen Begriff des väterlichen Gewalthabers selbst ausfüllende und deckende ist, die totale.

Wenn daher der filius präterirt ist, so muß das Testament als solches durchaus ungültig, die heredes scripti als non scripti zu betrachten sein, und der suus succedirt, als wenn kein Testament vorläge.

Aber nicht mehr ganz dasselbe Verhältniß wie der filius hat die filia zum Gewalthaber. Zwar ist sie gleichfalls, als in seiner Gewalt stehend, Willensidentität mit ihm und, als unvermittelt in diesem Verhältniß, unmittelbare Identität; sie ist deshalb ebenfalls sua, wie der filius, denn sie stellt gleichfalls beim Tode des Vaters ein Frei- und Fürsich-werden ihrer eigenen bisherigen Willenssubstanz dar. Aber wenn sie ebenso unmittelbare Identität mit dem Vater ist, wie der filius, so ist sie doch nicht ebenso totale Identität mit ihm. Denn sie stellt nicht, wie der filius, dies dar: zum Subject eines Willenskreises werden zu können, dem sie bisher substantiell angehörte. Da sie als Weib niemand in ihrer Gewalt haben kann, da das Weib deshalb, wie der Römer sagt, caput et *finis* familiae suae ist, so stellt sie beim Tode des Vaters nur die Vereinzelung und Auflösung, nur das für sich freiwerdende Herausfallen aus dem substantiellen Wirkungskreise, nicht aber die Fortsetzung eines bisher durch sie hindurchgehenden identischen Willenskreises als Subject und Träger desselben dar. Sie hat und deckt nur die eine Seite des im Vater vorhandenen Willensbegriffs: frei für sich zu sein, keinem andern anzugehören. Sie deckt und realisirt nicht die andere Seite des im pater familias vorhandenen Willensbegriffs: Willenssubject einer durch ihn hindurchgehenden identischen Willenssubstanz, einer Einheit von Willen zu sein. Oder mit andern Worten: sie erlangt ihren bisherigen substantiellen, durch sie hindurchgehenden Willen jetzt in nur subjectiver, negativer Weise; seine positive, substantielle Seite, die darin besteht, nicht blos isolirt für sich, sondern zugleich positive Identität mit andern Willen zu sein (und die darin gerade wieder den höchsten Triumph der Willenssubjectivität bildet), kann sie als Subject nicht fortsetzen.[1]

[1] Der weibliche Wille ist deshalb auch seiner eigenen unmittelbaren Fortsetzung nicht fähig. Das Weib kann keinen suus haben.

Da die Tochter also nur die eine der beiden Seiten deckt, die im väterlichen Willensbegriff gegeben sind, ist sie nur die Fortsetzung der Hälfte seines Wesens, oder ihre unmittelbare Identität mit dem Vater ist nur die halbe.[1]

Von einer andern Seite her tritt dasselbe Resultat nothwendig aber auch beim Enkel ein, und zwar fließt es hier aus demselben Begriffsmoment, das wir schon oben (S. 210 fg.) aufgezeigt haben, daß nämlich die Vermittelung, in welcher der Enkel durch seinen Vater zum Großvater steht, durch das Ausscheiden des Vaters zur gewesenen, aufgehobenen Vermittelung und also zur hergestellten Unmittelbarkeit der Willensidentität wird, daß aber die gewesene Vermittelung nicht zu einer solchen wird, die niemals gewesen, die aufgehobene Vermittelung vielmehr ebendeshalb auch wahrhaft aufgehoben, d. h. ideell aufbewahrt, bleibt, und dieser als Erinnerung an der neuen Unmittelbarkeit haftende und fortbestehende ideelle Charakter sich daher auch zu seinen realen Folgen treiben muß.

Diese Folgen zeigen sich sehr deutlich beim Vergleich des begrifflichen Verhältnisses zwischen Sohn und Enkel zum Großvater, wie es im Intestatrecht hervortritt.

Der Sohn ist die unmittelbare Willensidentität mit dem Gewalthaber als solche. Er ist daher der ausschließende Erbe desselben, der ausfüllende, totale Erbe, der keinen Platz neben sich läßt. Denn er duldet nichts, was nicht in derselben Unmittelbarkeit der Beziehung zum Gewalthaber steht, nichts, was nicht gleichfalls filius oder filia ist. Den aus ihm selbst erzeugten Enkel schließt er aus von jener Unmittelbarkeit der Identität, die ganz von ihm ausgefüllt ist. Zwar theilt er als einzelner filius mit einem andern filius oder filia.

[1] Die aber um der Unmittelbarkeit der Identität willen dennoch, wenn der Wille des Vaters schwieg, also bei der Intestaterbschaft, jeden Nicht-suus ausschließen muß. Dieser halbe Charakter der Identität kann also nur in Betracht kommen: entweder einem ebenso unmittelbaren Erben gegenüber, und dies thut er stets, da natürlich, wenn auch nur Ein suus vorhanden, die Tochter ab intestato immer nur die Hälfte erben kann, oder aber dem eingesetzten Erben gegenüber, der, wenn er einmal rite eingesetzt ist, ebenso gut Erbe ist, wie der suus, sodaß die Frage nur die ist, ob er rite eingesetzt war, d. h. ob ein Platz, eine logische Möglichkeit zur Einsetzung (ohne Exheredation) vorhanden war, und welcher Platz? Dies ist durch die Halbheit jener Identität gegeben. Aber bei der Intestatfolge, wo also überhaupt nicht eingesetzt worden, der vorhandene Platz nicht benutzt worden ist, muß natürlich die Unmittelbarkeit der Willensfortsetzung der blos subsidiären Aushülfe gegenüber, also die filia dem Agnaten gegenüber, ausschließend wirken. — Dasselbe gilt bei der folgenden Erörterung über den Enkel.

Aber so theilt er nur wieder mit sich selbst. Der Begriff, die Kategorie des Sohnes schließt jeden andern Erben aus. Zwar theilt er auch mit dem Enkel aus einem andern ausgeschiedenen Sohne. Aber hierbei tritt das Gesagte nur um so deutlicher hervor. Denn er theilt mit dem Enkel nur, sofern dieser nicht Enkel ist, sondern den Begriff des gewesenen Sohnes erinnernd in sich darstellt (repräsentirt). Dies zeigt sich daran, daß, wenn mehrere Enkel aus dem gewesenen Sohne vorhanden sind, der filius nicht zu ihnen als einzelnen, also nicht zu ihnen als Enkeln — denn Enkel ist jeder Einzelne von ihnen — ein Verhältniß hat, sondern sie alle zusammendrückt auf den Begriff des Einen Sohnes, den sie ideell in sich darstellen (Erbfolge der sui in stirpes, s. oben S. 211), und sie ihm also nur *qua filius* gegenüberstehen. Es bleibt also wahr, daß die Kategorie des Sohnes um der Unmittelbarkeit ihrer Identität willen keinen andern Erben neben sich duldet.

Nicht dies ist die Stellung des Enkels. Er ist nicht selbständiger Erbe, denn er ist ausgeschlossen durch den noch lebenden filius, dessen Sohn er ist. Er hat auch, insofern dieser aus der Gewalt ausgeschieden und er selbst also zum suus wird, noch Raum neben sich für einen andern Erbbegriff als den seinigen; denn er muß mit dem filius, der kein Enkel ist, theilen. Ja, er kommt überhaupt nur dadurch zum Erbbegriff, daß er nicht als er selbst, als Enkel, auftritt, sondern auf einen andern Begriff als den seinigen, auf den Repräsentanten des filius in ihm, hinweist. Es liegt daher wesentlich im Erbbegriff des Enkels, nicht ausschließender Erbe zu sein, sondern noch Platz für einen andern Erbbegriff, für eine andere Erbkategorie neben sich zu haben.

Oder um dasselbe Momennt formeller zu entwickeln: Durch das Ausscheiden des Sohnes ist die Identität des Enkels mit dem Großvater als aufgehobene Vermittelung zwar hergestellte Unmittelbarkeit geworden, und so ist der Enkel ein suus. Aber aufheben heißt ja wieden: vermitteln, und besteht, in welcher Gestalt es auch auftrete, thatsächlich in einem thätigen Act der Vermittelung. Diese sich hier erhebende Dialektik des Begriffs bewirkt daher, daß die Identität, in welcher der Enkel jetzt zum Großvater steht, als eine gedoppelte erscheint: als eine unmittelbare, denn die Vermittelung ist aufgehoben; als eine vermittelte, denn dieses Aufheben war selbst ein neues Vermitteln.

Indem diese Unmittelbarkeit also nur einerseits eine unmittelbare, andererseits aber wieder eine vermittelte ist, bestimmt sie sich für den Verstand im Widerstreit dieser beiden Seiten zur halben Unmittelbarkeit.

Wenn also bei der Tochter die Identität mit dem Willensbegriff

des Vaters nur die halbe war, so ist hier beim Enkel zwar die Identität die totale — denn der Enkel kann pater familias sein —, aber dafür die Unmittelbarkeit der Identität nur die halbe.

Weil also die Willensidentität oder resp. die Unmittelbarkeit derselben, in welcher sich Tochter und Enkel zum Gewalthaber befinden, nur die halbe ist, sind sie nicht in dem Sinne ausschließende Erben wie der filius, sondern lassen neben sich einen ideellen Platz, eine Möglichkeit für eine Erbeinsetzung, einen Platz, aus welchem sie nicht erst durch formelle Exheredation ausgetrieben zu sein brauchen, um die Erbeinsetzung wirksam vornehmen zu können.

Wenn daher der präterirte Sohn als die unbeseitigte und den Willensbegriff des Gewalthabers in totaler Gleichheit und vollster Unmittelbarkeit ausfüllende Willensidentität keinen andern Erben dulden kann[1], und deshalb das Testament annullirt, so wird eine ganz andere Folge eintreten müssen, wenn der präterirte suus eine Tochter oder ein Enkel ist. Es wird nämlich in strenger Consequenz des entwickelten speculativen Begriffs die Folge eintreten müssen, daß auch die Willenseinsetzung, wie gezeigt, bestehen muß, da Tochter oder Enkel, weil ihre Identität oder resp. die Unmittelbarkeit ihres Daseins nur die halbe ist, auch ohne ausdrückliche Aufhebung ihrer unmittelbaren Identität (ihres Erbthums, ihrer Suität) noch eine logische Möglichkeit, einen ideellen Raum, für die durch subjectives Setzen hervorzubringende Identificirung des von ihnen nicht ganz oder doch nicht ganz unmittelbar ausgefüllten gewalthaberischen Willens übrig lassen; daß also einerseits die testamentarische Erbeinsetzung gültig bleibt; daß aber andererseits auch diese präterirten sui um der in ihnen vorliegenden Unmittelbarkeit willen von selbst als Erben hervorschießen, als unmittelbar vorhandene Willensidentitäten den gesetzten Willensidentitäten anwachsend; und daß sie endlich, in diesem Anwachsen genau den Raum einnehmend, der ihnen nach ihrem entwickelten Begriffe zukommt, jene eingesetzten Erben auf den Raum zusammendrücken, der von ihrem eigenen concreten Begriffe für jene übrig gelassen wird.

Und genau so berichtet Gajus, einen der glänzendsten Beweise für die fast wunderbare speculative Consequenz des alten Civilrechts gebend, II, 124: „Ceteras vero liberorum personas" (andere nämlich als der filius) „si *praetericrit* testator, *valet testamentum;* praeteritae istae personae scriptis heredibus in partem *accrescunt* . . ."

[1] Vgl. Ulpian, XXII, 16: „Ex suis heredibus filius quidem neque heres institutus neque nominatim exheredatus, *non patitur valere* testamentum."

Aber welches ist der ihnen gebührende quantitative Raum? Es ist dies durch die obige Begriffsentwickelung bereits gegeben. Nur sind zwei Fälle zu unterscheiden. Die eingesetzten Erben können gleichfalls sui sein, oder aber sie können extranei sein.

Sind sie gleichfalls sui, so sind sie dasselbe, was der präterirte suus ist. Hier findet dann also kein Verhältniß von Begriff zu Begriff, von Kategorie zu Kategorie statt, die vielmehr dann nur die durch alle gleichmäßig hindurchgehende identische ist. Die eingesetzten Erben und der präterirte müssen sich also hier zueinander verhalten wie Einzelne zu Einzelnen, von denen jeder dasselbe, was der andere ist, d. h. alle Einzelnen müssen erben zu gleichen Theilen nach der Kopfzahl, pro parte virili.

Sind aber die eingesetzten Erben extranei, so tritt erst, indem sie etwas anderes sind als der präterirte suus, der Begriff desselben in seine deutlichste unterscheidende Existenz. Denn er muß sich dann zu ihnen verhalten wie Begriff zu Begriff, wie Kategorie zu Kategorie. Als unmittelbar vorhandene Willensidentität, die, ohne aufgehoben zu sein, einer erst gesetzten Identität gegenübersteht, muß daher hier der präterirte suus (Enkel oder Tochter) zuvor allen Raum einnehmen, der dem nicht-exheredirenden Setzen des Testators gegenüber in nothwendig gegebener Weise durch seinen eigenen Begriff schon ausgefüllt ist; nur was dann noch übrig bleibt, für die Einsetzung der fremden Erben, wie viel ihrer auch sein mögen, offen lassend. Der Präterirte muß also, weil, wie wir vorher sahen, — bei der Tochter — die Identität mit der Willenssubjectivität des Gewalthabers, oder — beim Enkel — die Unmittelbarkeit der Willensidentität die halbe ist, vor allem diese von ihm schlechthin ausgefüllte Erbthumshälfte behaupten, der freien Willenseinsetzung des Testators nur in der andern von ihm nicht nothwendig durchdrungenen Hälfte weichen, und daher alle eingesetzten Erben, soviel deren auch sein mögen, auf die andere Hälfte der Erbschaft zusammendrücken.

Und so fährt denn Gajus in der angeführten Stelle unmittelbar fort: „in partem adcrescunt, *si sui instituti sint*, *in virilem; si extranei*, in *dimidiam;* id est si quis tres verbi gratia filios heredes instituerit et *filiam* praeterierit, filia *adcrescendo* pro *quarta* parte fit heres . . . habitura esset; at si extraneos ille heredes instituerit et filiam praeterierit, filia adcrescendo ex *dimidia parte* fit heres; quae de filia diximus, eadem et de *nepote* deque omnibus liberorum personis, sive masculini sive feminini sexus, dicta intelligimus." Und ebenso Ulpian, XXII, 17: „Reliquae vero personae liberorum velut filia, nepos, neptis, si praeteritae sint,

valet testamentum, scriptis heredibus *adcrescunt*, *suis* quidem heredibus in partem *virilem*, extraneis autem in partem *dimidiam*."

XXVI. Der suus und der Grundsatz nemo pro parte testatus u. s. w. Fortsetzung der Erörterung über das Verhältniß des Intestaterbrechts zum testamentarischen. — Die Dialektik des Begriffs als Ursache der quantitativen Erbtheilsunterschiede bei Einsetzung und Präterition des suus.

Haben wir jetzt die hohe speculative Consequenz dieser Bestimmungen des alten Civilrechts nachgewiesen, die bisher unverstanden bleiben mußten, so drängt sich zugleich hier von selbst eine Betrachtung hervor, die das, was wir oben über das Verhältniß des Intestat- zum Testamentsrechte nachgewiesen haben, auf das glänzendste zu bestätigen geeignet ist.

Wie kommt es nämlich, daß das, was wir soeben aus Gajus mitgetheilt haben, zusammenbestehen kann mit jener Hauptregel des civilen Erbrechts: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest? Statt den Widerspruch zwischen dieser Regel und jenen Sätzen des Gajus über den präterirten suus, der nicht filius ist, aufzulösen, ist, soviel wir uns mindestens augenblicklich erinnern, dieser Widerspruch nirgends auch nur hervorgehoben und constatirt worden! Und doch ist er offen zu Tage liegend und unleugbar. Der Erblasser wird als ein testatus beerbt, denn es erben die scripti heredes. Er wird auch als ein intestatus beerbt, denn es erbt auch der suus, den er nicht eingesetzt hat.

Da der Widerspruch ein sinnlich in die Augen fallender ist, so wird man sich also in die beliebte und bequeme Ausrede flüchten, es liege hier eine „Ausnahme" von jener Regel vor. Aber wenn irgendwo, sollten doch hier die Worte einer schon früher bezogenen Stelle des Cicero zeigen, wie skeptisch man sich bei jener Regel gegen das Zulassen von Ausnahmen verhalten muß[1]: „Unius enim pecuniae plures dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, *nec unquam factus est*, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset", zumal man es hier nicht mit Verordnungen der Kaiserzeit, nicht mit der privilegirten Sphäre des Soldaten, nicht mit den Auflockerungen und Abweichungen zu thun hat, welche etwa die querela inofficiosi durch ihre

[1] De inventione, II, c. 21.

Entstehung an der Strenge des alten Civilrechts hervorbringen könnte, sondern man sich hierbei mitten im alten Civilrecht selbst befindet; sodaß jenes von Gajus und Ulpian berichtete Adcresciren zur Hälfte geradezu die directe civilistische Verneinung des ebenso civilistischen Grundsatzes: Nemo pro parte etc., zu bilden und ihn Lügen zu strafen scheint.

Allein der Widerspruch ist überhaupt nur ein scheinbarer; er ist nur dann vorhanden, wenn man den bereits von uns im allgemeinen entwickelten Begriff des Intestatrechts (s. Nr. XXII) blos nach seiner sinnlichen Erscheinung, d. h. falsch auffaßt, als das Recht, welches eintritt, wenn der Erblasser ohne Testament stirbt, oder mit andern Worten, wenn man das bereits mehrfach von uns erörterte Verhältniß des suus zum Intestaterbrecht verkennt.

Das Intestaterbrecht ist, wie wir daselbst zeigten, kein bloßer Gegensatz zum Testamentsrecht, es ist ein untergeordneter, d. h. auch schon in Einheit mit dem eigenen Begriffe des Testamentsrechts, der Willensperpetuirung, stehender Gegensatz gegen dasselbe. Und diese Einheit tritt eben sinnfällig und als besondere Klasse heraus im suus. Der suus ist, sagten wir daselbst, die indifferente Mitte zwischen Intestat- und Testamentsrecht. Er ist die unmittelbar vorhandene Sichselbstfortsetzung des subjectiven Willens. Als unmittelbar ist er Erbe ohne besonderes Setzen, ohne Testament. Aber ebenso ist er als unmittelbar vorhandene Fortsetzung und als vom eigenen subjectiven Willen ausgehende Selbstfortsetzung desselben, ohne Intestatgesetz, sine lege, vorhanden und von selbst gegeben. Das Intestatgesetz kann ihm daher, wie wir S. 191 fg. sahen, und wie Paulus in seinen Worten, S. 198 fg., sehr wohl herausfühlt, das Erbrecht gar nicht erst *qua lex* übertragen, es kann nur das Factum constatiren, daß er die von selbst vorhandene Fortexistenz des subjectiven Willens des Erblassers, daß er von selbst seiender Erbe ist. Das wahre und eigentliche Intestatrecht im römischen Sinne, das Intestatrecht in seinem Gegensatz zum Testament, tritt erst ein, wo weder ein selbstgesetzter, noch von selbst unmittelbar daseiender Willensperpetuirer existirt, sondern nur durch die subsidiäre Intervention des Staats und nach seiner allgemeinen Ordnung Fürsorge für die Perpetuirung des subjectiven Willens getroffen werden muß. Da also der suus an und für sich schon nach seinem Begriffe die Einheit von Testaments- und Intestaterbschaft, die indifferente Mitte beider, bildet, kann bei ihm jener Gegensatz von *testatus* und *intestatus* auch nicht stattfinden. Es kann daher nach jenen Berichten des Gajus und Ulpian im alten Civilrecht der präterirte suus dem fremden Testamentserben adcresciren und so eine Erbschaft eintreten, die halb Testaments-, halb Intestaterbschaft zu sein scheint, ohne daß jener Satz: Nemo pro parte testatus etc., im ge-

ringsten verletzt, ohne daß nur eine Ausnahme von ihm gemacht wird, denn der suus ist eben gar kein solcher intestatus. Wenn Cicero also sagte: „*Nec unquam factum est*, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius *lege* heres esset", so widerspricht dem jenes civilrechtliche zur Hälfte Adcrescirenden des übergangenen suus also gar nicht, denn der suus ist ja eben gar nicht „*lege*", sondern von selbst Erbe. Es findet also auch hier das gar nicht statt, wovon Cicero mit Recht sagt, daß es niemals stattgefunden habe. Oder der Gegensatz von testatus und intestatus ist, wie die Ciceronianische Stelle jetzt zur Evidenz deutlich zeigt, der Gegensatz von testamentum und *lex*, vom Setzen durch eigenen Willen und dem Gesetztsein durch das Gesetz, dem allgemeinen Willen des Staats, zwischen welchen beiden Dingen in der That natürliche pugna ist, nicht aber der bloße Unterschied des Setzens oder unmittelbaren Daseins des eigenen Willens.[1] Dieser Unterschied hat, als ein Unterschied innerhalb des eigenen Willens, an diesem seine Einheit, vermöge deren er, wie jene Adcrescenz zeigt, sehr wohl friedlich nebeneinander bestehen kann.

Jetzt ist nun aber auch die volle innere Uebereinstimmung ersichtlich, mit welcher der filius, der gegen den einen der eingesetzten Erben durchgedrungen, gegen den andern unterlegen ist, die theilweise Rescission des Testaments erlangen kann, ohne daß dem Grundsatz: Nemo pro parte testatus etc., dadurch widersprochen wird (s. oben S. 132 fg.). Denn der suus, auch wenn er ab intestato durchdringt, ist eben kein Intestaterbe, sondern, wie wir sahen, die Einheit und indifferente Mitte von beiden. Und so wird denn jetzt die hohe Bestätigung ersichtlich sein, welche die jetzt erst verständlichen Worte Papinians (L. 15, §. 2, de inoff. test. 5, 2) unserer Entwickelung verleihen. „Nec absurdum videtur" — sagt Papinian in Bezug auf den in Rede stehenden Fall — „pro parte intestatum videri." Also der Erblasser scheint nur theilweise ab intestato beerbt zu werden. Daß er es wirklich wird, gibt Papinian nicht zu. Denn der filius ist selbst so gut wie ein Testament, ist vom Erblasser gesetzte Willensidentität mit ihm, und andererseits hatte, wie wir sahen, die querela die Bedeutung, das factische Gewollthaben und Andersgewollthaben des Testators zu leugnen.[2]

---

[1] Der ja auch, ob der suus durch Zeugung, Adoption u. s. w. hervorgebracht ist, immer in seiner Entstehung auf ein Setzen durch den eigenen Willen zurückläuft und ebendeshalb unmittelbares Dasein des eigenen Willens ist, weil er bereits ein Gesetztsein desselben ist.

[2] Siehe die bisherigen gescheiterten Versuche hierüber bei Vangerow, Pandekten (Marburg 1852), II, §. 479, und die dort angegebene Literatur, sowie unsere Beilage zu Nr. XL über die von Huschke versuchte Lösung.

Wenn der präterirte suus durch das bloße Factum jener Adcrescenz sich als die indifferente Mitte von Testaments- und Intestaterben erweist, so tritt das nun auch weiter realiter in der quantitativen Erbportion hervor, die er erhält. In der That erbt er nicht ex testamento, denn im Testament steht er nicht, und nach dem Testament müßte er gar nichts erben. Er erbt aber auch nicht ab intestato; denn als Intestaterbe müßte er den extraneis gegenüber alles erben, während er nur die Hälfte bekommt. Aber auch eingesetzten *suis* gegenüber erbt er nicht nach Intestatrecht. Es kann sich allerdings so treffen, daß der präterirte suus durch seine Adcrescenz den eingesetzten Erben gegenüber so erbt, wie er und sie nach dem Intestaterbrecht geerbt haben würden, z. B. wenn der Erblasser seine zwei Söhne im Testament zu Erben eingesetzt und den aus einem gestorbenen dritten Sohne herrührenden einzigen Enkel präterirt hat. Die bei der Adcrescenz des suus eintretende Vertheilung pro parte virili trifft hier im Resultat mit der nach Intestatrecht in diesem Fall eintretenden Erbfolge in stirpes völlig zusammen. Jeder erhält ein Drittheil. Aber es kann der innere Unterschied vom Intestaterbrecht ebenso gut auch äußerlich hervortreten, z. B. wenn der Testator einen Sohn und zwei aus einem zweiten todten Sohne stammende Enkel hinterläßt und nun den lebenden Sohn und den einen Enkel jeden zur Hälfte einsetzt, den Bruder des letztern aber präterirt. Sollte hier nach Intestatrecht geerbt werden, so würde der Sohn die Hälfte und jeder der beiden Enkelbrüder ein Viertel erben. Die Worte des Gajus und Ulpian dulden aber keinen Zweifel darüber, daß auch hier pro parte virili geerbt wird, jeder der drei Erben also ein Drittheil erbt. Der eingesetzte Enkel erhält daher ebenso viel, der Sohn weniger und der präterirte Enkel mehr, als er ab intestato geerbt haben würde. Dies Resultat kann zunächst äußerst überraschen und als höchst anomal erscheinen. Wie kann der Sohn, gerade weil er auf die ihm ab intestato zukommende Hälfte auch noch ausdrücklich eingesetzt ist, weniger erhalten, als ihm ab intestato gebührt haben würde? Wie kann der im Testament verschwiegene suus gerade dadurch größere Kraft gewinnen und mehr bekommen, als er bekommen würde, wenn gar kein Testament vorläge? Allein das römische jus civile ist das sich um solche Billigkeitsreflexion und Verstandesverwunderung durchaus nicht kümmernde Recht des speculativen Begriffs. Aeußerlich nahe kann man sich dieses anomale Resultat etwa dadurch bringen, daß man sich z. B. vorstellt, der eingesetzte Enkel habe durch die testamentarische Erbeinsetzung die Kraft und Nähe eines filius zum Testator bekommen. Dann stimmt jenes Resultat mit dem Intestatrecht überein. Denn dann ist durch das Dasein des zweiten filius der erste Sohn von selbst auf ein Drittheil zusammengedrückt, da jetzt der präterirte Enkel als alleiniger Enkel, als alleiniger Re-

präsentant eines todten Sohnes, ein Drittheil erhalten muß. — Allein diese Uebereinstimmung wäre eine sich sehr widersprechende Verstandesfiction! Denn die Uebereinstimmung mit dem Intestatrecht wäre dann nur dadurch da, daß — welche contradictio in adjecto! — testirt worden ist! Der wahre begriffliche Grund ist aber kein anderer als der entwickelte, daß das Intestatrecht hier eben überhaupt nicht eintritt, vielmehr das Testament ja bestehen bleibt und somit alle Erben, auch der präterirte, als Testamentserben erscheinen müssen, die einen als eingesetzte, der präterirte als stillschweigend und von selbst im Testament vorhandener; daß aber ebendarum auch die Erbquote des präterirten suus, da sie im Testament nicht ausdrücklich bestimmt ist, als ebenso von selbst und unmittelbar gegebene gelten muß, wie sein Erbthum überhaupt. Indem sie aber, wo ihm gleichfalls sui als eingesetzte Erben gegenüberstehen, überhaupt nicht als durch seinen specifischen Begriff gegeben erscheinen kann, weil hier eben kein Unterschied im Begriffe stattfindet, und die Gegenüberstehenden das Gleiche sind, was er, oder mit andern Worten: das Verhältniß nicht ein Verhältniß von Eingesetzten zu Unmittelbaren, sondern von Einem zu Mehrern derselben Art ist, so kann die Quote, wenn sie dennoch als eine unmittelbar und stillschweigend gegebene erscheinen soll, nur noch durch das Verhältniß seiner Zahl zur Zahl der eingesetzten *sui* gegeben sein, und der präterirte muß also hier jedenfalls den durch die Kopfzahl bestimmten Bruchtheil erben. Und so muß er denn, weil die Quote hier eben nicht als die durch seinen Begriff, sondern als durch das das Zahlenverhältniß, in dem er zu dem ihm Gleichen steht, bestimmte erscheint, hier sowol mehr als weniger erben können, als ihm nach dem Intestatverhältniß unter sui zukommen würde.[1]

XXVII. Die Unterschiede in der Exheredationsformel und die Legatshinzufügung.

Wir haben gezeigt, worin der materielle Unterschied bei der Präterirung zwischen dem filius einerseits und der Tochter oder dem Enkel andererseits, trotz der allen dreien zukommenden Suität, besteht, und haben diesen Unterschied des Rechts als einen aus dem innern Unterschied ihres

[1] Weniger würde er z. B. in dem Falle erben, wo der Testator fünf Enkel aus zwei gestorbenen Söhnen hinterläßt, vier aus dem einen, welche er einsetzt, einen aus dem andern, welchen er präterirt. Nach Intestatrecht würde dieser Enkel die Hälfte haben, nach testamentarischer Adcrescenz hat er ein Fünftel.

eigenen Begriffs hervorfließenden nachgewiesen. Derselbe Begriffsunterschied versucht nun auch in der Form der Exheredation, resp. Präterirung, sich Dasein zu geben, kann aber hier keine Festigkeit gewinnen, weil er mehr inhaltlicher Natur ist, und in formeller Hinsicht die allen Kindern gemeinschaftliche Eigenschaft der Suität, die Eigenschaft, Erben in der Form der Unmittelbarkeit zu sein, durchschlagen muß. Der filius, welcher, wie wir sahen (S. 214, 217), allein in völliger Identität mit dem Gewalthaber dies darstellt, zum Träger und Subject eines Willenskreises zu werden, dem er bisher substantiell angehörte, muß daher jedenfalls als Subject, d. h. nicht blos ausdrücklich, sondern auch namentlich enterbt werden. Von der Tochter, die nicht zum tragenden Subject eines Willenskreises, einer Willensreihe wird, sondern sich nur für sich in der Reihe der Befreiten befindet; vom Enkel, der selbst erst durch die Kategorie des filius vermittelt und somit immer ideelles Glied einer Reihe ist, scheint es dagegen auch hinreichend, wenn sie nur als solche Glieder der von jenem Subject geführten Reihe, d. h. inter ceteros aufgehoben worden. Ulpian[1]: „Filius qui in potestate est, si non instituatur heres, *nominatim* exheredari debet; *reliqui* sui heredes utriusque sexus *aut nominatim aut inter ceteros*." Es bleibt also hier zwischen Beidem die Wahl. Indem aber diese andern Erben doch immer sui, unmittelbare Erben sind, muß der Zweifel, ob ihre Unmittelbarkeit hinreichend durch die nichtspecielle Negation, durch die bloße Verneinung der Reihe, aufgehoben ist, besonders dann sich geltend machen, wenn ihre Unmittelbarkeit erst später als die Verneinung eingetreten ist, d. h. wenn sie *postumi* sind[2] und also die Frage entstehen muß, ob sie in diese Verneinung inter ceteros, zu deren Zeit sie noch gar nicht vorhanden waren, als miteinbegriffen anzusehen sind. Dieser mangelnden Kraft und Bestimmtheit der nicht speciellen Aufhebung einer erst später eintretenden Unmittelbarkeit gegenüber muß daher durch die Hinzufügung eines Legats für diese postumi nachgeholfen werden. Und darum fährt Ulpian a. a. O. fort: „Postumus filius nominatim exheredandus est; filia postuma ceteraeque postumae feminae vel nominatim, vel inter ceteros; *dummodo inter ceteros exheredatis aliquid legetur*. Nepotes et pronepotes, ceterique masculi postumi praeter filium vel nominatim vel inter ceteros *cum adjectione legati sunt exheredandi*." Die Institutionen geben als Grund dieser Legatshinzufügung an: „Ne *videantur praeteritae esse per oblivio-*

[1] Fragm. XXII, 20.

[2] Der *filius* postumus muß natürlich als filius immer nominatim exheredirt werden, und die Formel lautet daher bei ihm: „Quicumque mihi filius genitus fuerit, exheres esto." Inst., §. 2 de exh. lib. (2, 13).

nem." Es ist dieser Grund aber gleichfalls nicht sowol psychologisch, als vielmehr logisch aufzufassen. Durch die besondere Legatshinzufügung für sie ist erstens gesetzt, daß sie, obwol ihre Unmittelbarkeit erst nach der Verneinung eintrat, dennoch in die Verneinung der Reihe einbegriffen sind. Und zweitens und hauptsächlich muß jetzt, nach dem, was oben (Nr. XIV fg.) über den directen Gegensatz von Erben und Legatar entwickelt worden ist, klar sein, daß sie gerade dadurch, daß sie zu Legataren gemacht werden, nun gewiß als Erben ausgeschlossen sind, da der Begriff beider dieses gegenseitige sich Ausschließen ist.

Allein dieses Aufheben ihres unmittelbaren Erbcharakters durch ihr Gesetztwerden als Legatare bleibt immerhin ein implicites Aufheben und Ausschließen. Der Begriff aber der Exheredation überhaupt war ja eben der (S. 212), daß nicht implicite, sondern formell und ausdrücklich aufgehoben werden müsse. Es kann daher wieder hier der schwankende Zweifel entstehen, ob diese Ausschließung, als implicite, eine dem Begriff der ganzen Sphäre angemessene und entsprechende sei. Und so fährt denn Ulpian, sehr deutlich die Bewegung dieser Momente verrathend, nach den zuletzt angeführten Worten fort: „sed *tutius* est tamen *nominatim* eos exheredari, et id *observatur magis*."

XXVIII. Der necessarius heres oder der als ein Anderer gesetzte Erbe; der Sklave. — Der Uebergang zum extraneus heres oder dem Erben überhaupt.

Ehe wir die Dogmatik des suus durch die Betrachtung der Bedingungen, deren Gegenstand er sein kann, zu Ende führen, ist es hier am Ort, einen Blick auf einen andern Erben zu werfen, mit welchem der suus die eine Seite seines Wesens gemein hat: auf den Sklaven, der blos heres necessarius, nicht suus ist, während dieser im Unterschiede von ihm als suus *et* necessarius bezeichnet wird.

Auch der Sklave steht in der Gewalt des Herrn, auch er kann Erbe werden. Aber er ist, auch wenn er Erbe wird[1], dennoch niemals ein suus. Denn er ist nicht von selbst und unmittelbar durch sein bloßes Dasein Erbe, sondern bedarf hierzu der ausdrücklichen Einsetzung des

[1] Selbstredend kann nur dies eine kurze Beleuchtung zu erfordern scheinen; nicht der Fall, wenn er überhaupt nicht erbt und Sklave bleibt. Vgl. übrigens oben S. 190, Note 1.

Testators. Zwar steht er, als in der Gewalt befindlich, mit diesem in Willenseinheit, aber so wie die Sache mit ihrem Herrn, nicht wie die Substanz mit ihrem von ihr durchdrungenen Subject. Nicht die Bestimmung in sich tragend, wie die Kinder, zu irgendeiner Zeit zur eigenen Willenssubjectivität zu gelangen, ist — und dies ist auch der Grund, aus welchem er nicht von selbst zum Erben wird — die im Erbthum von ihm erlangte Willenssubjectivität nicht das von selbst erfolgende Hervortreten derselben als einer schon bisher an sich in ihm vorhandenen, nicht das bloße unmittelbare Fürsichwerden dessen, was schon bisher, nur in substantieller Gebundenheit, sein eigenes identisches Wesen bildete, sondern eine nur durch das ausdrückliche Setzen eines Andern — durch die Erbeinsetzung — ihm übertragene Subjectivität. Als eine ihm durch einen Andern übertragene, ist sie eine seinem bisherigen Wesen andere, eine demselben fremde und neue Willenssubjectivität, somit aber auch gegen jenen selbst, welcher das herrschende Subject seines bisherigen Wesens war, gegen den Herrn, neue und fremde Subjectivität.[1] Der zum Erben eingesetzte Sklave erlangt daher, wie der Sohn bei der Emancipation, eine ihm selbst und seinem bisherigen Herrn neue und fremde Willenssubjectivität. Oder mit andern Worten: er ist dem Erblässer gegenüber wahrhafter *extraneus heres*.[2] Zugleich aber ist er auch zum Erben gemacht, d. h. es ist ihm

[1] Der Sklave steht überhaupt in Willenseinheit mit seinem Herrn als ein ihm Anderer, nicht wie der Sohn als ein mit ihm identischer. Nur aus diesem Begriffsunterschiede erlangen eine Masse von Erbrechtssätzen ihr Verständniß, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, z. B. daß, wenn ein fremder Sklave eingesetzt wird — in welchem Falle der Herr desselben Erbe wird — dieser nach dem Testament oder selbst nach dem Tode des Testators, aber vor der Adition von seinem Herrn verkauft worden ist, jetzt der neue Herr Erbe wird (Gajus, II, §. 189; Ulpian, XXII, §. 13).

[2] Dies tritt am deutlichsten heraus, wenn die beiden im Text unterschiedenen ideellen, aber gleichzeitigen Momente dazu gelangen, auch zeitlich auseinanderzufallen, wenn nämlich der vom Testator eingesetzte Sklave desselben noch vor dem Tode von ihm manumittirt wird. Hierdurch wird der Sklave zum bloßen *extraneus heres;* d. h. er kann nicht nur die Erbschaft ausschlagen, sondern er muß auch, um sie zu erwerben, zuvor Adition leisten; Gajus, II, §. 188. Entscheidender aber noch darin, daß, wenn der Testator den eigenen eingesetzten Sklaven nach dem Testament veräußert hat, dasselbe hierdurch nicht rumpirt wird, sondern durch die Adition des Sklaven jetzt der neue Herr Erbe, der Erblasser also durch eine ihm fremde Subjectivität fortgesetzt wird. Dies muß aber schon vor der Veräußerung des zum Erben eingesetzten Sklaven der Begriff der Sache gewesen sein, weil sonst sicherlich dadurch das Testament rumpirt werden würde. Man kann also sagen, daß, obwol der Sklave in Gewalt und insofern in Willensidentität mit dem Herrn steht, doch wegen des hierbei aufgezeigten begrifflichen Unterschiedes (s. oben S. 190 u. Note 1 das.) der Erblasser bei der Sklavenerb-

Identität mit der eigenen Willenssubjectivität des Herrn aufgedrückt worden. Er befindet sich also in der Lage eines an sich fremden Willens, der aber bereits die ihm übertragene Identität mit der ihm fremden Willenssubjectivität des Erblassers übernommen hat, d. h. er ist ein *extraneus* heres, der bereits die Adition geleistet hat.

Aus dem begrifflichen Ineinander dieser beiden ideellen Momente folgt nicht blos, warum der Sklave invitus heres und ohne Adition sein muß, sondern es ergibt sich zugleich daraus die innere Berechtigung der folgenden Controverse.

Weil auf den Sklaven im Erbthum die Willenssubjectivität des Herrn als eine ihm andere übertragen wird, so folgt zunächst hieraus, daß auch in der Erbeinsetzung beide Momente — ebenso wie das Erbesein oder die Identität mit dem Herrn, so auch das Erben als eine neue und fremde Willenssubjectivität gegen den Herrn — ausdrücklich nebeneinander gesetzt werden; d. h. daß der Erbeinsetzung ausdrücklich die *libertas* hinzugefügt werde. Dies ist die uns von Gajus (II, 185) und Ulpian (XXII, 12) berichtete Folgerung des alten Civilrechts, und die Formel lautet daher hier: „Stichus servus meus liber heresque esto." Ist die Libertät nicht ausdrücklich ausgesprochen (institutio sine libertate), so wird es betrachtet, als wolle sich der Herr mit dem Sklaven nicht als einer ihm andern Willenssubjectivität identificiren. Als eine ihm nicht fremde, würde er aber noch sein Sklave und somit als solcher noch gar keine Willenssubjectivität, daher auch der Fortsetzung einer solchen oder des Erbthums nicht fähig sein. Wenn er aber inzwischen nach dem Testamente vom Testator freigelassen oder veräußert worden ist, so würde er jetzt zwar das Dasein einer Willenssubjectivität, aber einer dem Testator fremden, und also gar nicht zum Erben eingesetzt sein. Daher gilt hier die Institution sine libertate überhaupt nicht, auch nicht in den letztgedachten Fällen der vor dem Tode des Testators erfolgten Freilassung oder Veräußerung (institutio omnino non consistit, s. Gajus und Ulpian, a. a. O.).

---

schaft immer durch eine ihm fremde Willenssubjectivität fortgesetzt wird, und es rein gleichgültig und zufällig ist, ob die den Sklaven zur Zeit der Erbschaft beherrschende, dem testirenden Herrn fremde Subjectivität die eigene frei gewordene des Sklaven, oder die eines andern und welches Herrn ist. Nur daß im erstern Falle, da gleichzeitig mit der Freiheit auch die durch das Erbthum übergehende Willenssubjectivität des Herrn im Sklaven schon vorhanden und diese Freiheit selbst schon das Dasein dieses testamentarischen Willens ist, das Eingetretensein der Freiheit also schon das Eingetretensein des Erbthums, und umgekehrt, beweist, und deshalb die Adition nicht denkbar ist. Man kann also sagen, daß der Sklave ein extraneus heres invitus und ohne Adition ist.

Umgekehrt aber wird dem Erben vom Erblasser in der Erbeinsetzung nicht dies und jenes Besondere, sondern eben nichts anderes als die Identität selbst mit der Willenssubjectivität des Erblassers verliehen. Ob also die Freiheit ausdrücklich erwähnt sei, oder nicht, so ist sie stillschweigend und nothwendig schon durch die Kraft dieser Identificirung verliehen, durch welche der Erblasser dem Erben jede Identität mit seinem eigenen Willen verleiht, die überhaupt nur zu verleihen in seiner Macht steht. Indem er ihn zum Fortsetzer seines Willens erklärt, hat er ihn stillschweigend zum Herrn seiner selbst gemacht. Wegen des untrennbaren Ineinanderseins der obigen Momente hat er den Sklaven, dessen Freiheit ja nur von seinem Willen abhängt, indem er ihn als Erben, d. h. als Dasein dieses seines Willens setzte, hierdurch von selbst nur noch abhängig von einem Willen, der jetzt der seinige ist, d. h. frei gemacht.

Dies ist die Seite, die Justinian hervorkehrt, indem er unter anderm dabei ausruft[1]: „Neque enim ferendum est supponere, quosdam esse ita supinos, ut eundem servum et heredem instituant sine libertate et iterum alii per legatum eundem servum assignent." Er verfügt also, daß bei der Erbeinsetzung (nicht beim Legat) auch ohne Hinzufügung der Freiheit diese „quasi injuncta" vorhanden sein und die Institution bestehen soll. Und er behauptet ausdrücklich, daß er hierin kein neues Recht mache, sondern nur einer alten Controverse Autorität verleihe[2]: „Proprios (servos) autem olim quidem secundum *plurium* sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat; hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est, quod non per *innovationem* introduximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Massurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert."

So plausibel und richtig aber auch das Argument ist, daß niemand bei der Einsetzung des Sklaven ihm die Freiheit werde vorenthalten wollen, so hat sich doch bereits gezeigt, um wie viel tiefer und speculativer jene Forderung des alten Civilrechts ist, welche jene begrifflich entgegengesetzten Momente, die in dem Erbthum des Sklaven vorliegen, deshalb auch in der Einsetzung formell gesetzt verlangt.

Schon das Erbthum überhaupt ist seinem Begriffe zufolge der speculative Gegensatz — der in einem und demselben Satze auszudrücken und nur durch die verschiedene Betonung desselben deutlich zu machen ist —, daß die eigene Willenssubjectivität des Erblassers von

[1] L. 5 C. de necess. serv.

[2] Inst. pr. de hered. inst. (2, 14).

einer andern fortgesetzt wird, somit aber auch eben: daß sie von einer andern fortgesetzt wird. Letzteres Moment tritt besonders stark, wie wir sahen, bei der Erbeinsetzung des Sklaven hervor, denn es bildet seinen ganzen Unterschied vom suus. Es ist aber auch viel stärker bei ihm vorhanden, als bei jedem gewöhnlichen extraneus heres, und bildet auch von diesem seinen Unterschied. Dieser nicht blos quantitative, sondern auch begriffliche Unterschied ist folgender: der extraneus ist an und für sich, ist vor dem Erbthum eine andere Person gegen den Erblasser. Bei ihm wird durch die Erbeinsetzung gerade nur die Identität mit dem vorher Andern hergestellt, die Anderheit nur aufgehoben und überwunden.

Umgekehrt ist der Sklave als das bloße Eigene des Herrn bis zum Erbthum kein Anderer gegen den Erblasser. Er wird gerade erst durch die Erbschaft zu einem solchen, und zwar so wesentlich, daß dies Moment (liber) ausdrücklich in der Erbeinsetzung hervorgehoben werden muß, wenn sie gültig sein soll. Man kann also sagen: der Sklave ist der als ein Anderer gesetzte Erbe.[1]

Hieraus begreift sich nun erst und wird erst wahrhaft verständlich, ein sehr naiver und interessanter Gebrauch, den die Römer von der Erbeinsetzung der Sklaven machen. Schuldenzerrüttete Herren setzen einen ihrer Sklaven zum Erben ein, damit, wenn nun die Gläubiger die Güter verkaufen lassen, nicht die Güter des Gestorbenen, sondern eines Andern, Lebenden, verkauft zu werden scheinen und die damit verbundene Infamie daher nur diesen Andern, den Erben, nicht den Ruf des Erblassers beflecke.

Der Bericht des Gajus (II, 154) darüber ist zu naiv, um nicht hierhergesetzt zu werden: „Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum primo aut secundo vel etiam ulteriore gradu *liberum et heredem* instituere, ut si creditoribus satis non fiat, *potius hujus heredis* quam *ipsius testatoris* bona vendant, id est ut *ignominia* quae accidit ex venditione bonorum, *hunc potius heredem* quam *ipsum testatorem* contingat."

„Mehr dem Erben als dem Testator selbst" soll die Sache und ihre Schande zu widerfahren scheinen. Nun besteht aber der Begriff der römischen Infamie darin, daß es, wie Savigny richtig sagt[2]: „immer eine eigene Handlung ist, woran die Infamie als Folge ge-

[1] Wobei natürlich im Wort „Erbe" auch wieder die Identität liegt, sodaß dieser Satz eigentlich heißt: er ist der als ein Anderer gesetzte Identische.

[2] System, II, 185. — Savigny unterläßt aber (vgl. Note mm das., wo er blos die Ausnahme des Hochverraths aufführt, und S. 179 das.) zu erklären, wie sich damit die Infamie des erbenden Sklaven verträgt.

knüpft wird". Daß den fremden Erben die Infamie der Insolvenz treffen würde, kann keine Schwierigkeit machen, denn er hat wirklich durch die eigene freiwillige Handlung der Adition die Insolvenz selbst über sich gebracht und zu der seinigen gemacht. Wie aber der Sklave, der als necessarius heres nicht repudiiren, ja, sich nicht einmal prätorisch enthalten konnte? der gar nicht handelte und zum Erbthum gepreßt war? Es erhebt sich daher, auf diesen Begriff der Infamie gestützt, der zu der Erbmaterie eine rationalistische Stellung einnimmt, der rationalistische Verstand und rüttelt an jener speculativen Schande. Gajus fährt nämlich fort: „quamquam apud Fufidium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia, quia *non suo vitio*, sed *necessitate juris* bonorum venditionem pateretur". Aber, fügt Gajus ganz einfach hinzu: „sed alio jure utimur", d. h. wir aber bleiben beim speculativen Begriff stehen. Der Begriff des Erbthums ist der, daß die Identität der beiden subjectiven Willen gesetzt ist, aber nicht bloße Identität, sondern Identität als unterschiedener Willenspersonen. Die Willenssubjectivität des Gestorbenen ist fortexistirend als die eines Andern und Lebenden. Es ist daher im Begriff des Erbrechts ganz speculativ consequent, daß dieser Lebende dem Todten die Schande ab- und auf sich genommen hat. Dies Verhältniß kann durch den Verstandeseinwurf, daß der erbende Sklave statt ein durch eigenen Willen Erbender und daher die Insolvenz auf sich Nehmender zu sein, durch die iniquitates juris gezwungen war, um so weniger geschwächt werden, als hier vielmehr dieser Charakter des Erben, ein Anderer zu sein als der Erblasser, ausdrücklich betont ist. Wenn dies Andersein im gewöhnlichen Erben zwar ebenso vorhanden ist als die Einheit — Identität heißt ja für sich allein schon Identität Verschiedener —, beide Momente aber unter der formellen Begriffsbestimmung der Einheit gesetzt sind, so ist im Erbthum des Sklaven Identität wie Andersein der Personen gleichfalls vorhanden, beide Momente aber in der vorwiegenden Form der Anderheit gesetzt. Der erbende Sklave, weil sein Begriff gerade der ist, eine Willenssubjectivität als eine ihm andere fortzusetzen, kann sich deshalb für den Römer auch nicht beschweren, wenn er auch die Schande der Insolvenz als eine ihm andere, d. h. durch keine Willenshandlung von ihm zur seinigen gemachte tragen muß. Und es ist ebenso echt speculativ consequent, daß der insolvente Erblasser, der selbst von der Schande getroffen werden würde, wenn er erblos bleibt und seine Güter von den Gläubigern verkauft würden, der Schande ledig ist, auch ohne daß ein Willenssubject sie ihm abnimmt; denn er hat sie jemandem aufgedrückt, der die Bestimmung hat, ihn als ein ihm Anderer fortzusetzen, und daher die Schande nicht als diejenige des Erblassers, sondern als ein ihm Anderer trägt. Deshalb nimmt selbst

die prätorische Billigkeit dem Sklaven diese Infamie nicht ab. Aber — und hier erst gelangt der erörterte Begriffsunterschied des Sklaven und des extraneus zu vollster sinnlicher Deutlichkeit — ein Anderes muß ihm statt dessen gewährt werden. Wenn der Erblasser sich durch den Sklaven als einen ihm Andern fortsetzen läßt, wenn der Sklave die Schande der Insolvenz ohne Willensantretung, d. h. nicht als die seinige, sondern als eine ihm andere trägt und sie gleichwol nicht als die eigene Schande des Erblassers trägt, sondern als ein Anderer gegen diesen, so muß der erbende Sklave diesen seinen specifischen Begriff, als Erbe dennoch als ein Anderer gegen den Erblasser zu gelten, auch seinerseits gegen den Erblasser bethätigen können. Er muß daher das Recht haben, was kein sonstiger Erbe hat und haben kann, sich in seinem eigenen Vermögen, das er nach dem Tode des Erblassers, sei es nach, sei es vor der bonorum venditio, erwarb, als ein Anderer gegen den Erblasser zu behaupten und nicht für dessen Schulden verhaftet zu sein. Die Gläubiger des insolventen Erblassers haben also nur gegen den Erbnachlaß selbst, nicht — wie bei dem extraneus, der diese Schulden durch die Antretung zu den seinigen gemacht hat, oder wie bei dem suus, welcher der mit dem Erblasser Identische ist — gegen das persönliche Vermögen des erbenden Sklaven ihren Angriff.[1] Gajus, II, 155: „pro hoc tamen incommodo illud ei commodum praestatur, ut ea quae post mortem patroni sibi adquisierit, sive ante bonorum venditionem sive postea, ipsi reserventur".

Es ist dies durchaus nicht oberflächlich als menschliche Billigkeit zu fassen, wie sich soeben bei der Infamie zum Nachtheil des Sklaven gezeigt hat, und sich bald ebenso stark zu seinem Vortheil zeigen wird.

---

[1] Selbstredend kann die Erbeinsetzung des Sklaven unter Umständen eine betrügerische Benachtheiligung der Gläubiger darstellen. Aber aus den frühern Entwickelungen (S. 150—155) muß von selbst hervorgehen, wie wenig das bloße Privatrecht derselben gegen diese mit dem öffentlichen substantiellen Volksgeist identische Befugniß in Betracht kommen kann. Die Freiheit der Legate, da diese blos einzelne Wirkungen des Willens darstellen, muß also durch das Recht der Gläubiger beschränkt werden können. Die Freiheit aber, der Willenssubjectivität überhaupt nach dem Tode Fortexistenz zu geben, muß als mit dem specifischen und substantiellen Inhalt des römischen Geistes zusammenfallend keine solche rein privatrechtliche Beschränkung dulden, und sich daher hier wieder zeigen, wie das Recht des Todten das des Lebenden besiegt. Es heißt daher ganz offen und naiv in dem Rescript des Kaisers Antoninus, L. 2 de necess. serv. her. (6, 27): „Is qui solvendo non est, heredem necessarium *etiam in fraudem creditorum relinquere* potest." Lebend dagegen hat der Herr nicht das Recht, den Sklaven in fraudem creditorum zu manumittiren; denn hier wehrt es ihm die lex Aelia Sentia; s. Gajus, Comm., I, §. 36 fg.

Auch genießt ja der erbende Sklave nicht einmal die prätorische Billigkeit der Abstinenz[1], sondern es ist schlechterdings nur die nothwendige heraustretende Folge seines entwickelten theoretischen Begriffs, Erbe des Erblassers als ein ihm Anderer zu sein. Wenn dieser in ihm geeinte speculative Begriff nicht erfaßt wird, wie er denn bisher niemals erfaßt wurde[2], so bleibt dieser Satz, daß der Sklave mit dem Eigenen nicht für die Schulden des von ihm Beerbten einsteht — ein Satz, durch welchen die ganze Substanz des Erbrechts, die Identität der beiden Willenssubjectivitäten, zerstört scheinen müßte —, schlechthin unbegreiflich; aber ebenso unbegreiflich bleibt dann auch die Infamie, die Nothwendigkeit der hinzugefügten Libertät in der Erbeinsetzung, ja jeder detaillirtere Satz des Sklavenerbrechts.

Natürlich aber hat der erbende Sklave dies Recht auf Reservirung des Eigenen nur dann, wenn er selbst dies setzt, daß er sich obwol Erbe, als einen Andern gegen den Erblasser festhält und festgehalten wissen will. Er muß deshalb zur Verwirklichung dieses Rechts, ehe er die Güter des Todten berührt hat, das Separationsdecret vom Prätor begehren. Ulpian[3]: „Ita sciendum est, necessarium heredem servum cum libertate institutum impetrare posse separationem, scilicet ut, *si non attigerit bona patroni*, in ea causa sit, ut ei quidquid postea acquisierit, separetur, *sed et si quid ei a testatore debetur.*"

Statt also sich einfach zu abstiniren, muß er sich gerade als Erbe bethätigen, aber gerade in dieser Bethätigung durch die Separation setzen, daß er ein Anderer gegen den Erblasser ist.

Wie die letzten hervorgehobenen Worte Ulpian's zeigen, bleiben dem Sklaven dann sogar die Forderungen, die ihm gegen den Erblasser etwa zustehen sollten, d. h. er ist, obwol Erbe, dennoch so sehr ein Anderer gegen den Erblasser, daß er, Erbe bleibend, sich gleichwol als Dritter, als Gläubiger gegen denselben behaupten kann.

---

[1] Ulpian, XXII, §. 24: „Necessariis autem tantum heredibus abstinendi potestas non datur."

[2] Gaus (II, 178) fertigt daher, weil ihm dieser begrifflich-kategorische Unterschied in der Erbeinsetzung des Sklaven gänzlich entgeht, das testamentarische Erbrecht des Sklaven in neun Zeilen ab, alle oben seit S. 226 entwickelten concretern Sätze desselben, von der Hinzufügung der Libertät u. s. w., der Infamie, der Nichtverhaftung für die Schulden mit dem Eigenen u. s. w., gänzlich mit Stillschweigen übergehend und blos sagend: „Ihr Eingesetztsein setzt nothwendig die Freiheit voraus und gilt daher stillschweigend für Emancipation", wobei er also offenbar nur an die Verordnung Justinian's denkt und die entgegenstehenden Bestimmungen des alten Civilrechts, weil diese nur aus jenem Begriffsunterschiede klar werden, völlig zu ignoriren gezwungen ist.

[3] L. 1, §. 18, de separat. (42, 6).

Indem jetzt aber dem Sklaven nur die Güter des Herrn, und nicht, wie bei dem gewöhnlichen Erben, der die Insolvenz des Erblassers zu der seinigen gemacht hat, auch die seinigen verkauft werden, ist es jetzt ja nicht blos wahr, sondern nunmehr auch gesetzt, daß er die Schande nicht als die seinige, sondern als die eines Andern trägt. Und jetzt erst ist daher der eigentliche Sinn unserer obigen Begriffsbestimmung ganz evident, in welcher beides zu betonen ist: er trägt sie, der Sklave, nicht der Herr, und er trägt sie als die eines ihm Andern.

Zugleich hat sich nun bereits, und zwar ohne jede aprioriſche trichotomische Voreingenommenheit, durch unsere Erörterung von selbst ergeben, daß die von den römischen Autoren uns überlieferten drei Arten von Erben, der suus (suus et necessarius), der necessarius und der extraneus, eine strenge, nach dem speculativen Gesetz des logischen Begriffs sich selbst vollbringende Dreitheilung bilden. Das Erbthum ist die Einheit der Willenssubjectivität des Erblassers und des Erben. Der Erbbegriff enthält drei Momente: den Erblasser, den Erben als ein ihm anderer subjectiver Wille, und die Einheit beider. Jeder Erbe ist, als Erbe, bereits diese Einheit. Aber das treibende Princip der systematischen Entwickelung ist dies, daß diese Totalität durch die Operation der ihr immanenten Begriffsmomente gesetzt wird in der einseitigen Form des einen, dann des unmittelbar entgegengesetzten Moments, und drittens in der Form der Einheit.

Der suus ist der Erbe als der blos identische des Erblassers; hierzu bildet, wie wir sahen, den unmittelbaren und abstracten Gegensatz der necessarius oder Sklave, als der als Anderer gegen den Erblasser gesetzte Erbe. Der Sklave, ursprünglich in Willensidentität mit dem Herrn, wird gerade erst durch die Erbeinsetzung als ein ihm Anderer gesetzt. Dies schlägt wieder in den directen Gegensatz um, daß ein ursprünglich Anderer durch das Erbthum vielmehr in Identität mit dem Erblasser gesetzt wird. Dieser Gegensatz ist aber nicht mehr bloßer Gegensatz des letzten, er ist vielmehr bereits die Einheit der beiden vorigen Gegensätze: der Erbe, von dem es durch den Act der Identificirung selbst ebenso gesetzt ist, daß er ein dem Erblasser Anderer, als auch jetzt identisch mit ihm ist, oder der als die Totalität beider Momente, als die Einheit seiner und des Erblassers gesetzte Einheit, der extraneus heres.

XXIX. Der bedingte suus oder der Uebergang des suus in den extraneus heres.

Es ist endlich noch von Interesse zu sehen, wie auch der suus seinerseits von selbst in den extraneus übergeht. Der Erblasser, da er den suus sogar exherediren kann, kann ihm um so mehr auch Bedingungen stellen. Dies ändert natürlich sein Wesen nicht. Er ist nun ein bedingter suus. Macht daher der Erblasser den suus in der Bedingung irgendwie von objectiven Thatsachen abhängig, so muß er ihn für den Fall des Nichteintretens derselben formell exherediren, wenn das Testament gültig sein soll. Macht er ihn aber von einer lediglich in seiner, des suus, Willen gelegenen Bedingung abhängig, so — hat der suus aufgehört, ein suus zu sein und erbt, auch wenn er die Bedingung erfüllt, nicht mehr als suus, sondern ist durch die Dialektik des Begriffs in einen extraneus umgeschlagen.

Es muß dies aber bereits aus dem soeben Entwickelten klar sein und dient seinerseits wieder dazu, die Wahrheit dieser Begriffsentwickelung auf das schärfste zu constatiren. Wir sagten soeben, der suus ist der als der blos identische gesetzte Erbe. Dies ist nun so wahr, daß, wenn durch die Erbeinsetzung im geringsten daran erinnert wird, daß der suus doch auch — was er natürlich als Persönlichkeit in der Wirklichkeit immer bleibt — eine andere Willenssubjectivität als der Erblasser sein könnte, hierdurch die Suität sofort aufgehoben und in ihr Gegentheil, in einen extraneus heres, umgewandelt ist. Der suus, dessen Wesen durch die stillschweigende Enterbung, die Präterirung, nicht gebrochen werden kann, wird gerade durch die Erbeinsetzung selbst als *suus* negirt, und in seinem Wesen zerstört, wenn sie jene Erinnerung enthält. Begrifflich muß dies natürlich so sein. Denn jene unbedingte und unmittelbare Identität des suus mit dem Erblasser ist eben nur die Rechtsfiction, welche die Naturwahrheit, daß er eine andere selbstwollende Willensperson ist, zurückdrängen kann und so lange ein für allemal zurückgedrängt hat, bis sie durch ausdrückliche Enterbung aufgehoben wird. Aber wenn nun in das Testament selbst der Reflex auf jene der Rechtsfiction entgegenstehende Wirklichkeit gesetzt wird, so ist durch dies positive Setzen ebenso gut wie durch die negative Enterbung die Rechtsfiction der Identität zerstört und der suus als das zum Vorschein gekommen, was er in Wirklichkeit ist, als eine andere Willensperson als der Erblasser, somit als ein Nicht-suus, ein extraneus.

Wenn also die begriffliche Nothwendigkeit dieses Satzes, daß durch die geringste Erinnerung an eine mögliche Willensverschiedenheit die Suität des eingesetzten suus vernichtet wird, einleuchten muß, so läßt sich

nicht weniger die empirische Wirklichkeit dieses Satzes sofort aus den Rechtsquellen nachweisen. Es zeigt sich dies nämlich in der Lehre von den Bedingungen. Beim extraneus ist die an die Willensbedingung: si volet gebundene Erbeinsetzung eine unbedingte. Die Bedingung ist völlig wirkungslos und non scripta. Sie muß dies sein, weil es ohnehin schon im Wesen des extraneus lag, seinen Willen frei zu haben und ihn erst durch die Adition mit dem Erblasser zu identificiren. Beim suus aber, da dieser invitus heres ist, fügt dieser Zusatz „si volet" allerdings etwas Neues hinzu; er gibt den Willen des suus frei und gilt daher hier als wahre conditio, sodaß der suus hierdurch zunächst als ein *sub conditione* eingesetzter *suus* erscheint. Hermogenian[1]: Verba haec: „*Publius Mocvis, si volet, heres esto, in necessario conditionem* faciunt, ut si nolit heres non existat: nam in *voluntaria* heredis persona frustra adduntur, quum, etsi non fuerint addita, invitus non efficitur heres."

Allein wenn der suus unter dieser Bedingung — oder was auf dasselbe hinauskommt, unter der reinen Potestativbedingung — eingesetzt ist, so ist er, da ja der Erblasser ihn hierdurch als einen Wollenden und möglicherweise auch Anderswollenden, somit in jedem Falle als eine gegen ihn andere selbständige Willenssubjectivität gesetzt hat, als *suus* aufgehoben, und die erste Folge hiervon zeigt sich zunächst darin, daß er für den Fall seines Nichtwollens nicht, was er als suus müßte, formell exheredirt zu werden braucht. Mäcianus[2]: „Jam dubitari non potest, suos quoque heredes sub hac conditione institui posse, ut, si voluissent, heredes essent; si heredes non essent, alium quem visum erit, iis substituere; negatumque, hoc casu necesse esse, *sub contraria conditione filium exheredare*, primum, quia *tunc tantum id exigeretur*, quum *in potestate ejus non esset*, an heres patri existeret, expectantis extrinsecus positae conditionis eventum, deinde quod, etsi quacunque posita conditione deberet filius sub contraria conditione exheredari, in proposito ne possibilis quidem reperiri posset; certe si verbis exprimeretur, inepta fieret, huic enim conditioni: *si volet, heres esto,* quae alia verba contraria concipi possunt, quam haec: *si nolet, heres esse, exheres esto* quod quam sit ridiculum, nulli non patet."

Aber nicht die bloße Lächerlichkeit der Tautologie ist der wahre Grund für die Ueberflüssigkeit der Exheredation, sondern vielmehr jene Dialektik des begrifflichen Verhältnisses, durch welche der suus, indem ihn der Erblasser als einen andern Willen gelten läßt, von ihm als

[1] L. 12 de conduit. inst. (28, 7).
[2] L. 86 de hered. inst. (28, 5).

voluntarius i. e. *extraneus* heres gesetzt worden ist. Und dies zeigt sich nicht nur darin, daß doch nach Mäcian selbst auch bei der Potestativbedingung, bei welcher die Tautologie der Worte nicht stattfinden würde, die Exheredation überflüssig sein soll, sondern es tritt dies auch auf das directeste in den unmittelbar folgenden Worten Mäcian's hervor: „Non ab re autem hoc loco velut excessus hic subjungetur, *suis ita heredibus institutis si voluerint heredes esse*, non permittendum *amplius abstinere se hereditate*, quum ea conditione instituti *jam non ut necessarii*, sed *sua sponte heredes extiterunt;* sed et *ceteris* conditionibus, *quae in ipsorum sunt potestate* si sui pareant, *jus abstinendi assequi non debent.*" Die zweite reale Folge ist also die, daß sie durch die Erfüllung der Willensbedingung das prätorische Recht der Abstinenz verlieren, das den suis zusteht. Sie haben aber dadurch in jedem Falle aufgehört, sui zu sein. Denn erfüllen sie nicht, so sind sie keine Erben und somit keine sui; erfüllen sie aber, so verlieren sie das Abstinenzrecht und hören somit gleichfalls auf, sui zu sein. Und die begriffliche Einheit dieser Verstandesantithese ist eben die sich Mäcian deutlich genug aufdrängende, daß sie durch die Freilassung ihres Willens als Andere gegen den Erblasser gesetzt, überhaupt zu „sua sponte heredes" i. e. extranei geworden sind.

Die dritte sehr reale und praktisch wichtige Folge muß daher die sein, daß, wenn ein so bedingter suus und ein extraneus, jeder zur Hälfte, zu Erben eingesetzt sind, und der suus die Willensbedingung nicht erfüllt, das Testament nicht beseitigt und Intestaterbfolge herbeigeführt wird, sondern ganz als wäre es einer von zwei extranei der ausschlägt, das Testament bestehen und der andere extraneus der Erbe bleibt. So sagen Ulpian und Julian übereinstimmend vom filius[1]: „et quidem sub ea conditione quae est in potestate ipsius potest (institui) de hoc enim inter omnes constat. Sed utrum ita demum institutio effectum habeat, si paruerit conditioni, an et si *non* paruerit et decessit? Julianus putat, filium sub ejusmodi conditione institutum, etiamsi conditioni non paruerit, summotum esse; et ideo si coheredem habeat ita institutus, non debere eum expectare donec conditioni pareat filius, quum etsi patrem *intestatum* faceret non parendo conditioni, procul dubio expectare deberet; *quae sententia probabilis* mihi, videtur, ut sub *ea* conditione institutus quae *in arbitrio* ejus sit, *patrem intestatum non faciat.*"

Dies ist doch aber ohne Erfüllung der testamentarischen Bedingung und ohne Exheredation nur dann möglich, wenn der suus völlig aufge-

[1] L. 4 de hered. inst. (28, 5).

hört hat, ein suus zu sein, und er hat dies also aufgehört ohne Negation (Enterbung) blos dadurch, daß er positiv als ein Selbstwollender, als ein anderes Willenssubject als der Erblasser gesetzt worden ist.[1]

Was den extraneus heres betrifft, so hat sich der Begriff desselben gleichfalls überall schon in dem Bisherigen im Gegensatz zum suus und zum necessarius ergeben. Er ist eine ursprünglich andere Willenssubjectivität, die sich durch die Adition als identisch mit derjenigen des Erblassers setzt. Er muß diese Einheit, die bei dem suus von selbst, bei dem necessarius durch das alleinige Setzen des Erblassers schon vorhanden ist, durch den Act freier Willensidentificirung erst vollbringen (vgl. oben sub Nr. VIII). Er ist so, wie wir sahen (vgl. S. 234), die Einheit des suus und necessarius, oder der Erbe überhaupt.

XXX. Die Erbfähigkeit und ihre Bedingungen. — Der Zeitpunkt der Fähigkeit. Die lex Papia und die apertura tabularum.

Gehen wir jetzt zu der Frage nach der Erbfähigkeit überhaupt über, so muß die Unfähigkeit zu erben wiederum sich als ein strenger Ausfluß des Erbbegriffs selbst erweisen. Wenn Gans (II, 175) sagt: „Die Gründe, warum bestimmte Personen nicht zu Erben ernannt werden dürfen, fallen nun wiederum nicht in eine Abhandlung des Systems der Willkür, sie werden hier vielmehr vorausgesetzt und sind daher an dieser Stelle nur aufzuzählen", so ist dieser Verzicht auf das begreifende Erfassen der Erbunfähigkeiten nur eine nothwendige Folge des nicht erfaßten Erbbegriffs überhaupt. Freilich, wenn es sich so verhielte, wie Gans daselbst gleichfalls sagt, daß die Ernennung des Erben nur ein „Setzen eines Individuums für das Vermögen" sei, so würde, da das Vermögen allerdings „ein todtes und widerstandsloses Object" ist[2], aus

[1] Vgl. L. 3 de institut. (6, 25), in welchem Rescript des Kaisers Alexander es deshalb sogar vom suus heißt: „et ideo *adire* hereditatem non prohiberis".

[2] Gans, a. a. O.: „Wenn die Seite der Reflexion auf das Vermögen die auf ein todtes und widerstandsloses Object ist, so hat es hier dagegen (in der Erbeinsetzung) der Wille mit dem lebendigen Willen zu thun und mit den concreten Gestalten desselben, der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate. Das Setzen des Erben wird daher (?? woher?) nicht durch den leeren Willen bestimmt oder wenigstens nur innerhalb des Kreises, der dem leeren Willen vorher gegönnt ist (? dies ist aber ja eben nicht der Fall; wer commercium hat, kann deshalb noch

dem Begriffe des Testaments selbst niemals zu erfassen sein, wie so hier der Wille auf Hindernisse in den einzusetzenden Personen stoßen kann. Man würde dann also mit Gans „die concreten Gestalten des Willens, die bürgerliche Gesellschaft und den Staat" als solche Hindernisse in das Testament hineinbringen müssen, obgleich dennoch niemals wahrhaft zu begreifen wäre, warum, wenn einmal, wie in Rom, die Familie der Testirfreiheit kein Hinderniß in den Weg legt, Staat und Gesellschaft hindern sollten, solchen Personen im Tode das Vermögen zu verabreichen, an die man sich desselben während des Lebens entäußern kann.[1]

Da aber in dem Erbbegriff etwas ganz anderes das agens ist, als das „Setzen für das Vermögen", so werden auch die Erbunfähigkeiten lediglich die Ausflüsse dieses agens, die consequenten Folgen des speculativen Erbbegriffs selbst sein. Dies ist in Bezug auf die Erbunfähigkeiten des alten jus civile auf das strengste der Fall, und selbst die leges einer spätern Zeit, wie die lex Julia, lex Papia, stellen sich in ihren betreffenden Bestimmungen nur als analogische Erweiterungen und Fortführungen jenes Grundgedankens dar.

Philosophischer daher als die eben zurückgewiesene Auffassung ist bereits die Definition Ulpian's von der Erbfähigkeit insofern, als in sie bereits hineinscheint, wie die Erbfähigkeit nur der Ausfluß des Erbbegriffs und seines immanenten Inhalts selbst ist[2]: „Heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent." Zwar meint Ulpian den Satz ohne Zweifel nur in dem äußerlichen Sinne, daß der einzusetzende Erbe die Fähigkeit haben muß, den formellen Act des Mancipationstestaments mit dem Testator vorzunehmen. Aber indem diese Fähigkeit dieselbe testamentifactio ist, welche auch der Testator braucht, um testiren zu können, scheint in diesen Satz bereits der wahre und tiefere Begriff hinein, daß die nothwendige Eigenschaft für die Erbfähigkeit darin besteht: *dasselbe zu sein wie der Testator*. In der That,

---

nicht zum Erben eingesetzt werden); mit andern Worten: die Forderungen der substantiellen Sphäre schließen bestimmte Personen aus, welche die Willkür nicht zu Erben designiren kann (warum?)."

[1] Wohl aber begreift sich, daß, nachdem das Testament einmal ist, was es ist, d. h. da es, statt ein bloßes Privatrecht der Person zu bilden, für den Römer das innerste Herzensgeheimniß seines historischen Wesens, den eigensten Inhalt des specifischen römischen Volksgeistes in sich enthält, nach allem, was wir oben (Nr. X u. XV) hierüber entwickelt haben, jede Theilnahme einer nicht des römischen Willens fähigen Person an diesem den specifischen Cultus des römischen Geistes darstellenden Acte ausgeschlossen bleiben muß, daß also z. B. der peregrinus auch *kein Legat* erhalten kann, was ebenso in Bezug auf den Latinus Junianus durch die lex Junia prohibirt wird.

[2] Ulpian, Fr. XXII, §. 1.

da das Erbthum nichts anderes als die Identificirung der beiden subjectiven Willen und die hierdurch hervorgebrachte Perpetuirung des erblasserischen Willens ist, so muß der Erbe, um ihn zu perpetuiren, eine ebensolche Willenssubjectivität sein wie der Testator. Er muß daher genau dieselbe Willensfähigkeit haben, welche wir bei diesem als erforderlich aufgezeigt, und als aus dem Begriff der Sache fließend entwickelt haben. Zwischen Ungleichen würde nicht Identität und somit nicht Erbthum bewerkstelligt werden können. Wir haben daher bereits oben (S. 124) vorgreifend den Begriff und die von ihm hervorgetriebenen nothwendigen Bedingungen auch für die Erbfähigkeit, zugleich mit der Testirfähigkeit nachgewiesen, worauf wir uns hier zurückbeziehen, nur wenige Punkte noch besonders hervorhebend.

So wird jetzt erst wahrhaft ersichtlich sein, warum nach römischer Lehre die Fähigkeit des Honorirten nicht erst zur Zeit des Todes, sondern bereits zur Zeit des Testaments vorhanden sein muß. Savigny hat diese „auffallende Erscheinung", wie er sie mit Recht nennt, dadurch erklärt, daß durch die Mancipation, als der Grundform des römischen Testaments, das Ganze die Gestalt eines fingirten Erbvertrags, also eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden annahm (s. oben Bd. I, S. 419 fg.). Jetzt wird nun aber auch der innere Grund, der in dieser noch blos formellen Begründung thätig ist, erhellen. Das Testament ist der Act der Identificirung zweier unabhängiger Willenssubjectivitäten.[1] Die zu dieser Willenshandlung erforderliche Willensfähigkeit muß daher nicht blos zur Zeit, wo die Wirkung dieser Identification eintreten soll — also zur Zeit des Todes —, sondern nothwendig schon zur Zeit ihrer Vornahme vorhanden sein, wenn sie überhaupt später wirken können soll.

Hat das civilistische Testament noch seine streng angemessene, begrifflich-reinste Form — d. h. in der Zeit, wo der familiae emptor noch selbst der Erbe ist (Nr. VIII), so tritt diese innere Nothwendigkeit auch schon in der Form als etwas ganz Selbstredendes hervor. Denn dies Testament kann gar nicht zu Stande kommen, wenn nicht der Erbe sich zu diesem Willenserhalter erklärt, und also die für diesen Act erfor-

[1] Das Mancipationstestament ist daher nur (s. Nr. VIII) seine angemessenste Form; mit andern Worten: das Testament ist nicht ein fingirtes Rechtsgeschäft unter Lebenden, und zwar aus dem blos formellen Grunde, weil ihm die Form eines Mancipationsactes in unerklärter Sonderbarkeit verliehen wurde, sondern umgekehrt: das Testament ist seiner innersten Substanz nach ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, und deshalb erhält es die Form der Mancipation (vgl. oben S. 100).

derliche Handlungsfähigkeit besitzt.[1] Weil aber dieses Erforderniß eben nicht in einer bloßen Form als solcher, sondern zugleich mit dieser selbst in der Idee des Testaments wurzelt, überlebt es dieselbe, und kann und muß sich selbst dann erhalten, als bereits der Erbe eine andere Person als der mitagirende familiae emptor ist, und also die Nothwendigkeit seiner Willens- und Handlungsfähigkeit zur Zeit des Acts nicht mehr in dem formellen Gerüste desselben in die Augen springt. Es kann und muß diese und die Mancipationsform überhaupt deshalb überleben, weil das civilistische Testament mit derselben nur das strenge Gesetztsein seines Begriffs innerhalb der äußern Form, aber noch nicht seinen begrifflichen Inhalt selbst verliert, die Willensidentification zweier hierzu fähiger Willen darzustellen.[2]

In diesem Zusammenhange ist auch beiläufig die Consequenz begreiflich, welche die lex Papia genau aus demselben Punkt, wenn auch gerade nach entgegengesetzter Richtung hin, zieht.

Das civilistische Testament, das Testament in seiner ursprünglichen absoluten Angemessenheit, kam, sagten wir, gar nicht zu Stande kommen, wenn nicht der Erbe sich zum Willenserhalter erklärt, was er eben durch jene feierliche Formel im Testamentsact vollbringt (Nr. VIII). Nachdem nun aber der Gebrauch aufgekommen ist, einen andern als den familiae emptor in den tabulis zum Erben zu machen, und der Erbe also bei der Testamentsanfertigung gar nicht mehr zu concurriren braucht, fehlt jetzt im Testamentsact dies Moment, daß der Erbe auch seinerseits dabei präsent ist. Das Testament ist also jetzt noch gar nicht für den Erben vorhanden und erscheint deshalb, wenn auch fertig, doch noch unvoll-

---

[1] Der Erbe (familiae emptor) ist vom Momente der Testamentshandlung an bereits Erbe, und gilt als solcher, wenn dies auch erst zur Todeszeit Wirkung erlangt; siehe Theophilus, a. a. O.

[2] Es zeigt sich also hier der Irrthum Savigny's, welcher meint (VIII, 461), „daß es consequent gewesen wäre, diese Lehre (von den drei Zeiten) im justinianeischen Recht gänzlich aufzugeben, indem ja in diesem Recht der Gedanke der Mancipation als Grundlage der Testamente völlig verschwunden war."

War der Gedanke der Mancipation völlig verschwunden, so war dagegen der Gedanke des Erbthums, aus welchem die Mancipation wie jene Lehre hervorgegangen war, noch nicht völlig verschwunden, vielmehr, wie sehr auch immer verblaßt und durch das Vermögen zurückgedrängt, noch immer mit seiner ursprünglichen civilistischen Wurzel innerlich zusammenhängend, wie wir dies gedoppelte Verhältniß Justinian's zum civilistischen Erbrecht bei den concreten Instituten desselben genau darzuthun gesucht haben. Solange aber noch irgendein solcher begrifflicher Zusammenhang da war, war die Aufhebung der Lehre von den tria tempora nicht möglich. Erst in dem Testamentsrecht, wie es sich durch die gänzliche Losreißung von der römischen Volkssubstanz und durch den Einfluß der germanischen Ideen gestaltet, wäre sie wurzellos und inconsequent.

ständig. Dieser Gedanke ist es, den die lex Papia aufgreift, welche das Testament erst in dem Augenblicke, in welchem es in solenneller Weise für den Erben geworden ist, d. h. durch die apertura tabularum, vollständig werden läßt. Denn dies ist es, was offenbar durch dies Gesetz vollbracht wird, indem nach ihm nicht nur der Erbe, auch wenn er auf anderm Wege her weiß, daß er der Erbe ist, erst nach der Eröffnung der Tafeln die Adition gültig vornehmen kann, sondern sogar auch der Zeitpunkt des *dies cedit* für die Legate, d. h. also die Wirksamkeit der einzelnen Willensbestimmungen erst von dieser Eröffnung ab, statt mit dem Tode des Testators, eintritt. Justinian berichtet hierüber[1], indem er diese Bestimmungen aufhebt: „Quum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia *ab aditionibus*, quae circa defunctorum hereditates procedebant, sumsit, et *ideo non a morte testatoris*, sed *ab apertura tabularum dies cedere legatorum* senatusconsulta quae circa legem Papiam introducta sunt concesserunt, ut *quod in medio deficiat, hoc caducum fiat*, primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes sancimus, omnes habere licentiam a morte testatoris adire hereditatem, similique modo legatorum vel fideicommissorum pure vel in diem certam relictorum diem a morte testatoris cedere."[2]

Wenn Justinian sagt, daß er hierbei nur das alte Recht wiederherstelle, so ist das im buchstäblichen Sinne zwar richtig, aber auch nur in diesem.[3] Im alten Recht, solange der im Testamentsact fungirende fa-

[1] L. un. §. 1 C. de cad. toll. (6, 51).

[2] Wenn aber die apertura tabularum, die, wie gezeigt, nur die letzte Vervollständigung des Testamentsactes darstellt, erforderlich war für die Adition des Erben, so war sie es keineswegs für die Agnition der bonorum possessio secundum tabulas. Ulpian, L. 1, §. 2, de bon. poss. sec. tab. (37, 11). Der Grund liegt wieder darin, daß diese als eine bloße Vermögensverfügung, die keine Identificirung zweier Willen hervorbringen soll, auch diese im Testament per aes et libram vorhandene Gegenüberstellung und Präsenz der beiden Willen nicht nachzuholen braucht, um in sich vollständig zu sein. — Der, um uns dieses Ausdrucks nochmals zu bedienen, spiritualistische Charakter des Erbrechts tritt überhaupt am deutlichsten und unterscheidendsten überall hervor, wenn man ihn mit der bonorum possessio vergleicht; nicht so im Vergleich mit dem Legatenrecht. Denn jene ist bloße Vermögensverfügung, während das Legat, unbeschadet seines früher nachgewiesenen Gegensatzes zum Erbthum, mit diesem das gemeinsam hat, daß es eine einzelne Wirkung des über den Tod hinaus im Erben fortexistirenden Willens darstellt, also mit dem Erbthum auch in einer innern Einheit steht, welche die Bestimmungen des Legatenrechts in vieler Hinsicht, z. B. in Bezug auf die Fähigkeit des Honorirten, den Anforderungen des Erbbegriffs, als seines grundsätzlichen Bodens, unterwerfen muß.

[3] Vgl. oben über diesen organischen Trieb des Römischen Rechts, in seinem

miliae emptor selbst der Erbe war, war es freilich nicht einmal möglich, erst mit der Eröffnung der Tafeln das Testament vollständig werden und in Wirksamkeit treten zu lassen. Nachdem es aber allgemein geworden, einen andern als den familiae emptor in den tabulis zum Erben zu machen, füllt die lex Papia[1], wie wir sahen, nur den hierdurch entstandenen Mangel aus, indem sie erst mit der Eröffnung des Testaments dasselbe formelle Wirksamkeit erlangen läßt.[2] Indem Justinian dies wieder aufhebt, ohne daß aber zu dem ursprünglichen Gebrauch des alten Rechts zurückgekehrt wird, den familiae emptor Erbe sein zu lassen, hat er sich von dem Gedanken des alten Rechts vielmehr nur weiter entfernt, statt sich ihm wieder zu nähern. Aber freilich ist dies so sehr der Fall, daß bei ihm das Mancipationstestament sogar gänzlich verschwunden und in das prätorische Testament übergegangen ist. Und damit hat sich allerdings das Erbthum der bloßen Vermögenszuwendung so entscheidend angenähert (s. oben S. 78, Note 1, u. a. and. O.), daß jetzt kein Grund mehr ist, dasselbe nicht ebenso gut, wie es bei der bonorum possessio seit je der Fall gewesen war (Note 2, S. 242), auch vor der apertura tabularum antreten zu lassen. Daß die lex Papia, die man mit Unrecht gewöhnlich als ein bloßes fiscalisches Willkürgesetz auffaßt, eine wirkliche, im Testamentsrecht — wir haben ge-

---

unter Justinian abschließenden totalen Selbstverlust dem Aeußerlichen nach sich auf seine früheste Gestalt zurückzuwenden, aber mit ganz geändertem Begriffsinhalt — gerade wie eine Leiche manchmal die Gesichtszüge des Todten in frühern Perioden in größerer Aehnlichkeit, als es während der Zeit seines spätern, kämpfenden und krankenden Lebens der Fall gewesen, hervortreten läßt, aber immer ohne das Leben, welches dort die Ursache jener Alteration gewesen war.

[1] Denn daß jedenfalls schon zu ihrer Zeit dieser Gebrauch allgemein war, steht historisch fest. Augustus testirt per aes et libram. Sein familiae emptor ist Domitius, der Vorfahr Nero's, seine Erben aber Tiberius und Livia; s. Sueton, Vita Aug. c. 101, Vita Neron. c. 4. Wie lange vor der lex Papia die Spaltung zwischen Erben und familiae emptor schon allgemein gebräuchlich geworden war, dürfte sich schwerlich genau feststellen lassen.

[2] Aber die Adition des Erben, wenn sie auch erst nach der apertura geschehen kann, muß, da das Erbthum die perpetuirende Fortsetzung der Willenssubjectivität selbst ist, unmittelbar an den Moment des Todes anknüpfen und auf ihn zurückschlagend (s. oben Nr. V) von da ab das Sein dieser Willenssubjectivität fortsetzen. Nur für die Legate ist es möglich, daß sie, weil sie nicht das allgemeine Sein der Willenssubjectivität, sondern einzelne Willensäußerungen derselben darstellen, erst von dem Moment ab wirksam werden, wo diese Aeußerungen des im Erben fortexistirenden Willens dadurch, daß sie für den Erben werden, erst eine dem Erbbegriff entsprechende Wirklichkeit und somit verbindliche Wirkung und Kraft erlangen.

sehen, woher — entstandene Lücke ausfüllt und so eine objective Grundlage hat, zeigt sich schon äußerlich daran, daß sie bestehen blieb solange und länger, als das Mancipationstestament in Gebrauch war.

XXXI. Die Erbfähigkeit und ihre Bedingungen; die incerta persona. Die geistige Individualität.

Um inzwischen wieder zu der uns jetzt beschäftigenden Erbfähigkeit zurückzukehren, so haben wir oben gesehen, warum der Erblasser, um testiren zu können, certus de statu suo sein muß (s. S. 138 fg.). Es beruht nur auf den daselbst entwickelten begrifflichen Gründen und ist die entsprechende Erscheinung auf Seite des Erben, daß auch derjenige, der zum Erben eingesetzt werden soll, eine bestimmte und geschlossene Geistesindividualität für den Erblasser sein muß. Hierin liegt bereits ein Gedoppeltes: der Erbe muß an sich selbst ein fürsichseiender Wille sein; sonst ist er überhaupt keine Willenssubjectivität und kann sich daher auch mit keiner gleichsetzen und sie perpetuiren. Es reicht aber noch nicht hin, daß er an sich eine solche geistige Individualität ist, er muß dies auch für den Erblasser sein. Denn wenn er es auch an sich wäre, aber nicht für den Erblasser ist, so kann dieser sich nicht mit ihm identificiren, da der subjective Wille, wenn er sich mit einem ihm unbekannten und somit für ihn unbestimmten identificiren wollte, seine eigene Bestimmtheit, die gerade das zu perpetuirende Wesen ist, hierdurch aufheben, sich nicht erhalten und fortpflanzen, sondern sich dem Zufall preisgeben und sich somit principiell aufgeben würde. Der Erbe darf also in keinem Sinne des Wortes eine persona incerta für den Erblasser sein. Es darf also kein Erbe so eingesetzt werden[1]: „Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto", weil, wie Ulpian sagt, „certum consilium debet esse testantis", oder weil, wie Gajus angibt, diejenige Person eine incerta ist, welche „per *incertam opinionem animo suo* testator subjicit".[2] Es darf daher auch keiner so honorirt[3] werden: „Wer meinem Sohne seine Tochter zur Frau geben

[1] Ulpian, Fragm. XXII, §. 4.

[2] Gajus, Comm., II, 238.

[3] Es leuchtet nämlich ein, warum man der incerta persona ebenso wenig legiren, als sie instituiren kann. Das Legat ist, wie wiederholt hervorgehoben, nicht blos Vermögensverfügung schlechthin, sondern es ist die (vgl. Nr. XIV) in der Verfügung über das Vermögen sich bethätigende Fortexistenz des Wil-

wird", oder: „Wer nach diesem Testament zum Consul ernannt werden wird."[1] Denn in allen diesen Fällen würde eine incerta persona honorirt sein, d. h. der Testator würde wegen der Unbestimmtheit derselben seinen Willen, wie wir gesehen, nicht gesetzt, sondern aufgegeben haben, ganz wie bei der Erbeinsetzung quos Titius voluerit (s. Nr. XIII).

Warum darf nun aber, was zuerst dem Vorigen ganz zu widersprechen scheint, der Testator jemand so honoriren: „Ex cognatis meis qui nunc sunt, qui primus ad funus meum venerit", wie Gajus a. a. O. berichtet? Hat der Testator hier nicht gleichfalls das Selbstwollen aufgegeben? Aber es zeigt sich hier nur, wie Formeln niemals ausreichen, den Begriff zu ersetzen. Der so Honorirte ist keine incerta persona, weil die Bezeichnung hier auf einen Kreis von Personen beschränkt ist, welche dem Erblasser bekannte, für ihn bestimmte sind. Der Erblasser könnte jeden derselben zum Erben einsetzen, und wie er sich mit jedem von ihnen identificiren kann, ohne seine eigene subjective Bestimmtheit aufzugeben, da sie gleichfalls lauter bestimmte Subjectivitäten für ihn sind, so kann er auch, ihnen allen die Möglichkeit des Erbens lassend, jeden von ihnen unter der Bedingung einsetzen, zuerst beim Begräbniß zu erscheinen. Sie sind ihm dann alle als Erben gleichrecht, wenn sie nur die Bedingung dieser Aufgabe erfüllen, und wer von ihnen auch der Erbe werden möge — der Erblasser hat sich immer nur an eine für ihn bestimmte und bekannte Willenssubjectivität hingegeben und in dieser fortgesetzt. Der Zusatz „ex cognatis meis" verwandelt also die persona incerta[2] durch die Beschränkung auf

---

lens. Der Wille zeigt jetzt, daß er es durch den Erben dahin gebracht hat, fortzuexistiren, indem er nun einzelne Wirkungen, Willensacte setzt und als nach dem Tode wirkend hervorbringt. Das Legat ist somit immer gleichfalls Selbstrealisirung und Fortsetzung des Willens — und dies ist die Seite seiner Einheit mit dem Erbthum (s. S. 242, Note 2) —, aber an seinem Gegentheil, der Sache. Deshalb kann der incerta persona auch nicht legirt werden, weil in einem solchen Legate der Wille sich nicht als fortexistirend gesetzt, sondern im Gegentheil wegen der Unbestimmtheit der durch den bloßen Zufall zu bestimmenden Person das Wesen des Willens verleugnet und aufgehoben hätte.

[1] Gajus, a. a. O.; Ulpian, Fragm. XXIV, 18.

[2] Gajus wie Ulpian, a. a. O., erklären daher diesen Fall sehr irrig damit: „Sub *certa tamen demonstratione incertae personae* recte legatur." Denn diese Person ist gar keine incerta mehr, wie wir sahen. Und umgekehrt gerade die demonstratio bleibt auch nach dem Zusatz ex cognatis meis etc. ebenso sehr eine incerta, wie vor demselben, da sie noch immer eine Auswahl unter einer Vielheit zuläßt. (Ebenso wäre andererseits die durch die erfüllte Bedingung allerdings gegebene Sicherheit der Bezeichnung ebenso groß, wenn der Zusatz ex cognatis etc. nicht dastünde; die demonstratio wäre also in diesem Sinne auch dort eine certa zu nennen.) Was also vorliegt, ist vielmehr gerade eine in-

einen Kreis von lauter für den Erblasser bestimmten Willenspersonen in eine certa persona. Und sehr zu beachten ist die diese Erklärung auf das evidenteste bestätigende Genauigkeit, mit der Gajus wie Ulpian dem Zusatz ex cognatis meis hinzufügen „qui *nunc* sunt". Denn freilich, die Cognaten müssen schon zur Zeit des Testaments geboren sein, um bestimmte Willenspersonen für den Erblasser zu sein; ein Ungeborener, Zukünftiger wäre eine durchaus unbestimmte für den Erblasser, weshalb auch der postumus alienus nicht erbfähig ist, und auch von der eigenen Descendenz des testirenden Gewalthabers immer nur ein solcher erben kann, der zur Zeit seines Todes schon empfangen ist. Cognaten also, die zwar zur Zeit des Todes vorhanden wären, es aber nicht zur Zeit des Testaments waren, würden somit immer solche bleiben, die im Augenblick des Testirens incertae personae für den Testator waren, und deren Honorirung also inutilis bleibt.[1]

Muß der einzusetzende Erbe aber sogar für den Erblasser eine bestimmte Geistesindividualität, ein für sich seiender Wille sein, so muß er dies, wie wir schon vorausgeschickt haben (S. 244), um so mehr an sich selbst sein, um zum Erben gemacht werden zu können. Nur was selbst eine Geistesindividualität, ein für sich seiender Wille ist, kann sich auch mit einer solchen gleichsetzen und sie perpetuiren. Deshalb können die Götter nicht zu Erben eingesetzt werden („deos heredes instituere non possumus etc.")[2], denn sie sind abstracte allgemeine Wesenheiten, nicht sich zur Spitze des Fürsichseins zusammenfassende Willenssubjectivitäten. Da sie dennoch in der Religion die Form von Individualitäten haben, so liegt in diesem Satze des Civilrechts die tiefe Ahnung, daß dies vorgestellte Individualitäten, nicht wirkliche sind, individualisirte Allgemeinheiten und allgemeine substantielle Mächte, nicht in sich geschlossenes Fürsichsein. Sie sind also erbunfähig, bis die Kaiserconstitutionen und Senatusconsulte anfangen, hierein Breschе zu schießen und in Form von Privilegien einzelnen Göttern die Erbfähigkeit zu übertragen.[3]

---

certa demonstratio einer *certa* persona, wenn auch die römischen Juristen, deren praktische Rechtsvirtuosität ihr theoretisches Selbstverständniß so weit übertrifft, die Sache umdrehen.

[1] Aber die bloße Vermögenszuwendung — und daher das Fideicommiß — an jede incerta persona, und darum auch an den postumus alienus, ist im alten Recht wieder zulässig; Gajus, II, 287: „Eadem aut simili ex causa autem olim incertae personae vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui neque legari ei possit"; bis Hadrian dies ändert.

[2] Ulpian, XXII, §. 6.

[3] Ulpian, a. a. O. — Vgl. über die vermögensrechtsfähige Persönlichkeit einzelner Priester- und Tempelcollegien unter eigenen Vorstehern: Dirksen, Civilist. Abhandl., II, 50 fg., 116 fg.

Wenn man, um Erbe sein zu können, geistiges Fürsichsein sein muß, weil eben nur die Perpetuirung desselben die Idee und der Zweck des Erbthums ist, und die geistige Subjectivität nur wieder von einer solchen fortgesetzt werden kann, so folgt hieraus schon von selbst, daß Collegien, Körperschaften, municipia, municipes, kurz, sogenannte *juristische Personen* nicht Erbe sein können. Denn diese bleiben stets abstracte Collectiva, denen, welche andere Rechte man ihnen auch gebe, die *geistige Einheit*, dies intensive In- und Fürsichsein der Person, und somit der Begriff der Subjectivität überhaupt fehlt. Sie werden daher mit Recht als eine incerta persona behandelt, d. h. diesmal nicht blos in dem Sinne, daß sie für den Erblasser, sondern daß sie in *sich selbst* eine incerta persona sind: „Nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam *incertum corpus* est, ut neque *cernere universi*, neque pro herede gerere possint, ut heredes fiant.“[1] Die Mangelhaftigkeit dieses letzten, wieder ganz äußerlichen Grundes — die Schwierigkeit, den äußern Act der Adition vorzunehmen — liegt auf der Hand. Denn nichts wäre leichter, als dieser Schwierigkeit abzuhelfen, die, wie wir gleich weiter sehen werden, durchaus nicht das Entscheidende ist.[2] Das Wahre aber, was auch noch aus den Worten dieser ungeschickten Begründung erkenntlich genug hindurchleuchtet, ist eben dies, daß solchen Körperschaften das *innere* Moment der Willenspersoneinheit und somit auch echter Willensentschließung, daß ihnen der durchdringende Blitz qualitativer geistiger Bestimmtheit und Einheit, d. h. also der Begriff des Subjectiven, die *Einzelheit*, überhaupt abgeht. Das *römische Volk* dagegen darf allerdings seit je[3] zum Erben eingesetzt werden, denn der historische *Volksgeist ist* eben eine solche bestimmte

[1] Vgl. L. 8 C. de her. inst. (6, 24): „Collegium si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.“

[2] So kann die bonorum possessio, weil sie eine bloße Vermögenszuwendung, keine Willensfortsetzung ist, und der Bedachte daher hier auch keine Willenssubjectivität zu sein braucht, allerdings den Municipien und Körperschaften verliehen werden, und derselbe Ulpian findet hier gar keine Schwierigkeit dabei, daß die Agnition der bon. poss. für die Körperschaft vorgenommen werden kann, obgleich doch das von ihm gegen die Adition angegebene Argument ebenso gut auf diese Agnition passen würde; s. Ulpian, L. 3, §. 4, de bon. poss. (37, 1): „A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnosci potest; proinde sive actor eorum nomine admittat, sive quis alius, recte competet bonorum possessio. Sed etsi nemo petat vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem Praetoris Edicto.“ — Ebenso können die Körperschaften Fideicommisse erhalten; s. Ulp., Fr., a. a. O.

[3] Ja, aus Aulus Gellius, VI, Kap. 7, und Macrob. Saturn., I, Kap. 1, würde man schließen müssen, selbst schon zu Ancus Martius' und sogar zu Romulus' Zeit!

Geistesindividualität, ist ein specifisches und ausschließendes Eins, ist geistige Einheit andern Volksgeistern gegenüber und hat das durchdringende Selbstbewußtsein dieser seiner geistigen Individualität. Es bewahrheitet sich hier wieder im Rechte der Satz der speculativen Logik, daß die absolute Allgemeinheit und die absolute Einzelheit identisch sind. Das ganze Volk als solches hat in der absoluten Allgemeinheit des Volksgeistes auch das es zu einem Eins, zum Träger einer für sich seienden, es durchdringenden geistigen Bestimmtheit, zur geistigen Individualität machende Band. Nur die zwischen beiden in der Mitte stehende Besonderheit der Körperschaft mit ihren besondern Interessen ist, wie der das ganze Volk umschließenden Allgemeinheit des Geistes, so darum auch der Einheit der Individualität, der Einzelheit, beraubt.

Nur in Einem Verhältniß kann man sagen, daß auch Körperschaften sich wie eine Willenssubjectivität verhalten: im Verhältniß nämlich zu der ihnen eigenthümlichen Sache. Denn Eigenthum ist Willensherrschaft. Ihrem eigenen Eigenthume gegenüber nimmt also auch die Körperschaft den Schein der Willenssubjectivität an. Wenn ihr die bloße Besonderheit der Interessen, weil sie nicht die absolute Allgemeinheit des Geistes ist, auch die Einheit des Geistes und somit das Wesen der Einzelheit nicht verleihen kann, so gewinnt sie durch das Eigenthumsverhältniß, durch welches die ihr eigenthümliche Sache ihrem Willen als einem einigen unterworfen ist, dieser Sache gegenüber jene Willenseinheit, das Fürsichsein der Einzelheit. Mit andern Worten: jedes Wesen, das einmal Eigenthum besitzen kann, ist dadurch, was es auch nach außen und andern Wesen gegenüber sein möge, immer nothwendig Subject der ihm eigenen Sache gegenüber. Gelangt also diese Sache dazu, testiren zu können, d. h. wird der einem municipium gehörige Sklave von ihm freigelassen, so muß die Erinnerung, daß die Körperschaft diesem Sklaven gegenüber ein Subject war und es insoweit noch ist, als selbst seine Freiheit das Dasein ihres subjectiven Willens in Bezug auf ihn bekundet, bewirken, daß sie diesem ihrem Freigelassenen gegenüber, weil als ein Subject, somit auch als erbfähig erscheint. Ulpian, a. a. O.: „Senatusconsulto tamen concessum est, ut (municipia) *a libertis suis* heredes *institui possint.*

XXXII. Die Untheilbarkeit und Theilbarkeit des Erbthums.

Allein wenn man, um Erbe sein zu können, geistige Individualität und somit keine bloße Vielheit von Personen, wie ein Collegium, sein muß, so wäre es, um das in diesem Zusammenhange

aufzuführen, doch ein sehr falscher Schluß, zu meinen, daß der Erblasser nicht viele Erben einsetzen könne, wenn nur jeder von ihnen eine geistige Individualität ist. Denn wie schon die Persönlichkeit bei ihrer natürlichen Fortsetzung, der Zeugung, nicht auf einfache Reproduction beschränkt ist, sondern sich vervielfältigen kann, so liegt es vollends in dem rein geistigen Wesen des Willens, daß er unendlich viele Willen bestimmen und zu ihm gleichen Abdrücken seiner selbst machen kann. Der Erblasser kann daher unendlich viele Erben einsetzen. (Inst. §. 5 de her. inst. 2, 14. Paulus, R. S., III, 4.) Aber jeder von ihnen stellt die totale Willenssubjectivität des Erblassers dar, jeder ist der ganze erblasserische Wille. Es können daher den Erben, weil Erbschaft im Princip keine Vermögenszuwendung ist, auch nicht Stücke des Vermögens zugewiesen werden, sondern indem jedem Erben das ganze Vermögen gehört und das Recht eines jeden derselben jedes einzelne Stück durchdringt, theilen sie sich in das Ganze des Vermögens zunächst im Verhältniß zu ihrer Anzahl. Indem sie so Quotenerben sind, zeigen sie hierin gerade, daß ihr Recht nicht ein Vermögensrecht auf die einzelnen Dinge als solche ist, die ihnen bei der Theilung zukommen, sondern daß sie, über diese materielle Einzelheit hinausgreifend, jeder das Ganze des erblasserischen Willens sind. Denn die Quote, wie dies bereits Gans beim Quotenlegatar richtig hervorhebt (II, 209), ist eben der auf das Ganze bezogene Theil, ein Theil, in dem das Ganze also präsent ist, während nur die pars *quanta* ein beziehungsloser, in seiner materiellen Dingheit beruhender Theil ist. Wird dies aber zugegeben, so hätte man auch einsehen sollen, wie darin, daß der Erbe vom Erblasser niemals auf einzelne, bestimmte Stücke (*certarum* rerum heredem) eingesetzt werden kann, sondern immer zum Erben einer Quote gemacht werden muß, sich eben nur wieder eine Negation dessen darstellt, daß im Erbthum das Vermögen als solches verliehen wird, oder ein Kennzeichen mehr, daß das Vermögen und sein Uebergang im Erbrecht überhaupt nicht anders denn als bloße secundäre Folge des transscendentalen Princips der Willensfortsetzung in Betracht kommt; d. h. man hätte sich zur Kritik und Erkenntniß der ganz falschen Basis erheben sollen, von der aus man bisher das römische Erbrecht zu begreifen gesucht hat. Besonders deutlich tritt dies aber gerade wieder darin hervor, wenn nur Ein Erbe eingesetzt ist. Das Vermögen nämlich ist eine in materielle Einzelheiten aufgelöste Menge von Dingen. Aber so soll es eben im Erbrecht nicht in Betracht kommen. Eine Vielheit von Dingen, Vermögensgegenstände, sollen im Erbrecht nicht übertragen werden. Sondern alle diese Dinge zusammen stellen nur, als seiner Willensherrschaft unterworfen, das unmittelbare materielle Dasein der Willenssubjectivität des Erb-

lassers, den realen Körper derselben dar. Nur als diese begriffliche Einheit, nur als diese Körperlichkeit seines Willens gehören sie der neuen Willenssubjectivität, welche durch ihren eigenen Willen wie durch den des Erblassers sich als mit der seinigen identisch und sie continuirend gesetzt hat. Darum läßt, auch wo nur Ein Erbe vorhanden ist, wo also gar kein praktischer Anlaß dazu vorliegt, das römische Erbrecht die Vermögensgegenstände des Erblassers nicht in ihrer aufgelösten Form ruhiger Dinghheit beharren, sondern reißt sie aus dieser heraus und erhebt sie zu der künstlichen Einheit des „As". Das As drückt diese zu einer begrifflichen Einheit aufgehobene Totalität des Vermögens aus. Jeder alleinige Erbe ist sofort Erbe „ex asse"; dies heißt eben nichts anderes, als daß er nicht die Gegenstände in ihrer natürlichen Vielheit erben soll, sondern sie als Einheit gedacht, d. h. als das unmittelbare Dasein des von ihm auf sich genommenen Willens in der Sphäre der realen Wirklichkeit. Sind mehrere Erben da, so theilt sich also das gegenständliche Vermögen in die ideellen Quotentheile des As, die Uncien, und zwar, wenn nichts anderes bestimmt ist, der Zahl der Erben nach. Weil aber der Erblasser durch Einsetzung beliebig vieler Erben die Quote jedes Einzelnen beliebig beschränken kann, und jeder Erbe, wie klein auch seine Quote sei, dennoch immer die ganze erblasserische Willenssubjectivität fortsetzt, die Größe der Vermögensquote somit das für den Erbbegriff schlechthin Gleichgültige und Aeußerliche ist, so kann gerade deshab auch der Erblasser selbst die Größe der Quote, aus welcher jemand Erbe sein soll, beliebig und ungleich für die einzelnen Erben bestimmen. Denn das Vermögen ist eben das dem Erbthum selbst Aeußerliche und Secundäre, dessen Theilung daher keine Theilung im Erbbegriffe, der Willensidentität, hervorbringt. Denn in diesem darf keine Theilung stattfinden. Der Erbe darf daher nicht das thun, was scheinbar dasselbe wäre wie die vom Testator vorgenommene Theilung; er kann nicht, wenn ihm die ganze Erbschaft übertragen ist, nur für einen Theil antreten. Paulus, L. 1 de acqu. vel. om. her. (29, 2): „Qui *totam* hereditatem acquirere potest, is *pro parte eam scindendo adire non potest.*" Die Mathematik verliert also hier ihre Geltung, indem, wer das Größere kann, das Kleinere nicht kann. Sie verliert aber ihre Geltung nur deswegen, weil es sich im Erbrecht eben nicht um Gegenständliches, und also nicht um Größenverhältnisse, sondern um rein ideelle Factoren handelt. In der That würde der Erbe, der, zur ganzen Erbschaft berufen, nur einen Theil antreten wollte, etwas ganz anderes thun, als der Testator bei der Theilung. Denn während dieser nur das Vermögen, das äußerliche unwesentliche Accidenz des Willens, unter die Erben theilt, jedem derselben seine ganze Willens-

subjectivität aufdrückend, würde der Erbe den Willen des Testators spalten, theilen (*scindendo*, wie Paulus trefflich hervorhebt). Der Willensbegriff aber ist als Geistiges ein Untheilbar-Einiges, in dem es keine quantitativen Bestimmungen, kein Größer oder Kleiner, Mehr oder Weniger gibt. Wer den Willen des Testators nicht ganz acceptirt, erweist sich als nicht identisch mit ihm und somit als Nichterbe. Darum darf der Erbe nur die ganze Erbschaft, nicht einen Theil derselben antreten. Wohl aber wäre dieser Satz der unlogischste von der Welt, wenn das Erbthum im Princip eine Vermögensverfügung, eine Uebertragung von Gegenständlichem wäre. Denn hier würde allerdings, wer das Größere acceptiren kann, auch das Kleinere acceptiren können; wie z. B. beim Verkauf, wenn verschiedene Größen gemeint worden sind, die kleinere gilt, als für welche Uebereinstimmung in beiden Willen vorhanden war (s. Savigny, „System", III, 274 fg.). Jener Satz des Paulus ist vielmehr so wahr, daß er nothwendig noch weiter geht, und auch der Erbe, der vom Erblasser zu mehrern Theilen eingesetzt ist, nur für alle, nicht für einige derselben eintreten kann. Ulpian, L. 2 de acqu. her. (29, 2): „Sed etsi quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere." Denn wie auch der Erblasser das Accidenz des Vermögens vertheilt hat, sein Wille bleibt ein ideelles Untheilbares, das jeder Erbe ganz auf sich nehmen und in sich darstellen muß. Ebendeshalb ist der Erblasser seinerseits gezwungen, jedem der Erben stets eine Quote des Vermögens, wie klein sie auch sei, zu übertragen. Denn wenn er ihm, ihn auf bestimmte Sachen einschränkend, die Quote nähme, so würde er ihm eben das nehmen, das Ganze seines Willenswesens in sich zu haben und darzustellen, er würde ihm also den Erbcharakter selbst entziehen. Darum darf er nur insofern den Erben zu einem Erben certarum rerum einsetzen, als diese selbst in sich eine Einheit und Totalität bilden, und nur die Ziffer der Quote, in welcher diese Einheit zur Gesammttotalität steht, nicht ausgedrückt ist; er darf ihn also einsetzen für „alle Sachen, die er in der Provinz Mauritanien, oder auf seinem Landgut, oder in der Stadt hinterlassen hat" (s. die Stellen oben S. 170, Note 2).

XXXIII. Die Erbunfähigkeiten der lex Julia und Papia Poppaea. Der Unterschied im Zeitpunkt der Fähigkeit. Der Begriff der Caducität.

Wenn sich uns nun die Erbunfähigkeiten des alten Civilrechts im Vorhergehenden als die nothwendigen und consequentesten Ausflüsse des Erbbegriffs selbst nachgewiesen haben, so stellen die spätern Unfähigkeiten der lex Julia und Papia Poppaea eine zwar losere und willkürlichere, aber immer noch analogische Fortbildung desselben Grundgedankens dar.

Der Gedanke des Erbthums ist die Willensperpetuirung, nicht also die Fortsetzung des Willens über den Tod hinaus auf einen Augenblick, auch nicht auf die bloße Lebensdauer des Erben, sondern Perpetuirung im wirklichen Sinne, in das Unendliche. Auch wird diese Willensunsterblichkeit wirklich durch das Erbthum erreicht. Denn der Erbe hinterläßt wiederum einen Erben, der dessen Willenssubjectivität, und somit ebenso die mit ihr identische seines Erblassers, fortsetzt, und so in unendlicher Reihe. Sicher aber dieser Willensunsterblichkeit, sicher, sie für sich selbst zu haben, und somit auch, sie einem Andern gewähren zu können, ist nur derjenige, der sich einen *suus* erzeugt hat. Denn er hat einen unmittelbaren und einen nothwendigen Willensfortsetzer hinter sich. Ein Anderer kann ohne Testament sterben, sein Testament kann hinfällig werden, seine Testaments- wie endlich auch seine Intestaterben können ausschlagen. Gesichert gegen dieses alles ist nur der Inhaber des suus. Er hat, er mag mit oder ohne Testament sterben, in ihm den unmittelbaren, er hat, dieser mag wollen oder nicht, den gezwungenen Willensfortsetzer, den civilrechtlich nothwendigen Erben hinter sich. Er allein ist nicht mehr bloßer wieder verschwindender Willenspunkt, sondern er ist bereits unmittelbar Ausgangspunkt der unendlichen Reihe, die sich hinter ihm zeigt.

Dieser Gedanke ist es, unter dessen innerer Einwirkung die lex Julia die coelibes für erbunfähig erklärt.[1] Und daß dieser Begriffszusammenhang hier nicht blos willkürlich in die lex Julia hineingetragen wird, zeigt deutlich die lex Papia durch ihre Bestimmungen über die orbi, d. h. Kinderlosen. Wenn die Ehelosigkeit als ein Willensfactum dem Individuum zur Schande imputirt und bestraft werden kann, so verhält es sich nicht so mit der Kinderlosigkeit. Gleichwol wird auch diese, da der Kinderlose, weil er eben blos Willenspunkt, nicht Aus-

[1] Ulpian, XXII, 3: „Idem juris est in persona coelibis propter legem Juliam." Gajus, II, §. 111.

gangspunkt der unendlichen Reihe ist und den Erbbegriff so gleichsam nur zur Hälfte erfüllt, zur Ursache, ihnen die Hälfte der Erbschaft zu entziehen. Gajus, II, 286[1]: „Item orbi qui per legem Papiam ob id quod liberos non habent, *dimidias partes* hereditatum legatorumque perdunt, olim solida fideicommissa videbantur capere posse." Und nicht minder deutlich zeigt sich der Geist dieser Bestimmung noch nachträglich darin, daß, als dieselbe durch das SC. Pegasianum auch auf die Fideicommisse ausgedehnt wird[2], diese Hälften denjenigen Personen anheimfallen, „qui testamento *liberos* habent, aut si nullus liberos habebit, ad populum etc."

Es ist noch hervorzuheben, daß nur bei diesen neu aufgestellten Unfähigkeiten der lex Julia und Papia, sowie der durch die lex Junia gegebenen Unfähigkeit des Latinus Junianus, nicht, wie bei den Unfähigkeiten des alten Civilrechts, darauf gesehen wurde, ob die Fähigkeit zur Zeit des Testaments, ja, auch nicht einmal, ob sie zur Zeit des Todes des Testators, sondern nur, ob sie zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft (Adition) da war. „Diese letzte Vorschrift" — erklärt Savigny[3] diese scheinbar so befremdliche Anomalie — „hatte den praktischen Zweck, daß gerade die dargebotene Erbschaft ein Beweggrund sein sollte, für den Ehelosen, sogleich in eine Ehe zu treten, für den Latinus Junianus, sich des Jus Quiritium schnell würdig zu machen." Aber dieser praktische Zweck — der überdies nicht auf die Bestimmungen der lex Papia über die Kinderlosen passen würde — bedarf zuvor noch einer tiefern Recht-

---

[1] Vgl. Gajus, II, §. 111. Ulpian, XV, XVI.

[2] Gajus, II, 286: „. . . sed postea senatusconsulto Pegasiano perinde fideicommissa quoque ac legata hereditates capere posse prohibiti sunt." Wenn es zunächst auffallend scheinen kann, daß so gerade in der spätern Zeit strengere Grundsätze in Bezug auf das Fideicommiß platzgreifen, so muß sich dies nach der oben (Nr. IX) über das SC. Pegasianum gegebenen Entwickelung von selbst als nothwendig ergeben; denn je mehr der Erbbegriff sich mit der Vermögenszuwendung identificirt und in diese übergeht, desto mehr muß zwar das Erbrecht von seiner civilistisch-rechtlichen Strenge verlieren, was aber von dieser Strenge noch übrigbleibt, muß jetzt mehr und mehr auch auf den Fideicommissar übertragen werden, gerade weil dieser mehr und mehr sich dem wahren Erben assimilirt hat. Diese Bemerkung erklärt also nicht blos die eben erwähnte Uebertragung des SC. Pegasianum, sondern den gesammten Gang der spätern Rechtsgeschichte des Fideicommisses in dieser Hinsicht. So waren früher, solange die Willensperpetuirung im Gegensatz zur bloßen Vermögenszuwendung des Fideicommisses noch als der echte Begriff des Erbthums lebendig ist, Fideicommisse auch an die incerta persona, z. B. den postumus alienus erlaubt. „Sed" — wie Gajus bald darauf (II, 287) fortfährt — „senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, *idem* in *fideicommissis*, quod in *legatis hereditatibusque* constitutum est."

[3] VIII, 459.

fertigung seiner innern Concordanz mit dem Wesen des Rechtssystems, die hier nur kurz angedeutet werden soll. Alle die genannten Unfähigkeiten der lex Junia, Julia und Papia kommen darin überein, daß sie Caducitäten schaffen. Diesen Begriff erklärt Ulpian, XVII, §. 1, also: „Quod quis sibi testamento relictum, ita ut *jure civili capere* possit, *aliqua ex causa non* ceperit, caducum appellatur, veluti *ceciderit ab eo;* verbi gratia, si coelibi vel Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit vel Latinus jus Quiritium consecutus sit, aut si ex parte heres scriptus vel legatarius ante apertas tabulas decesserit vel peregrinus factus sit." Es liegt schon in diesen Worten offen zu Tage, daß der Begriff der Caducität keine substantielle Unfähigkeit in sich einschließt. Im Gegentheil, es ist die ausdrückliche Voraussetzung, daß die eingesetzte Person an sich fähig zum Erben ist; nach Civilrecht muß er Erbe sein können (ita ut *jure civili* capere *possit*). Er muß also römische Willensperson u. s. w. sein. An sich zur Fortsetzung einer Willenssubjectivität und somit zum civilrechtlichen Erbthum vollkommen fähig, ist es jetzt vielmehr nur ein ihm in der äußern zufälligen Wirklichkeit entgegenstehendes positives Hinderniß, welches ihn in der Ausübung dieser an sich vorhandenen Fähigkeit hindert, und zu dessen Beseitigung er wiederum an sich vollkommen befähigt ist[1], wie dies in dem Ulpian'schen Beispiel des vor der Eröffnung der Tafeln abgereisten heres ex parte sinnfällig hervortritt. Darum ist dies Recht, welches an sich an ihm haftete, nur von ihm gleichsam abgefallen (veluti *ceciderit* ab eo). Es kann sich daher hier nicht so verhalten, wie wenn ein an sich des Erbthums Unfähiger, ein peregrinus, eine incerta persona eingesetzt worden ist, daß nämlich von Haus aus inutiliter testirt worden ist; sondern da er seinem substantiellen Begriff nach des Erbthums vollkommen fähig, fragt es sich nur, ob er bei der Ausübung desselben diese Fähigkeit wird verwirklichen können, oder ob ihm hier Hindernisse der Wirklichkeit gegen die wirkliche Ausübung dessen, wozu er an sich fähig ist, entgegentreten werden. Darum kann also bei dieser Art von Unfähigkeiten, weil sie nur Hindernisse der Wirklichkeit gegen die Ausübung der an sich seienden Fähigkeit

[1] So liegt es in der Hand des Latinus Junianus, durch seine eigenen Willenshandlungen die römische Civität zu erlangen (Ulpian, Fragm. III, §§. 1—6), und er ist daher, da dies nur von seinen Willenshandlungen abhängt, schon vorher seinem Wesen nach fähig, sich Civität und Erbthum zu erwirken. Vom coelebs ist dies selbstredend, aber auch der orbus ist an sich als Mensch vollkommen fähig, Kinder zu erzeugen, und wenn er dies nicht fertig bringt, so ist die Unfähigkeit dazu keine aus seinem Begriffe entspringende.

darstellen, auch nur die Fähigkeit oder Unfähigkeit zur Zeit der Ausübung des Erbthums, d. h. der Adition in Betracht kommen. Oder mit andern Worten: Wegen der an sich vorhandenen Erbfähigkeit verwandelt sich das der Wirklichkeit dieser Fähigkeit entgegenstehende Hinderniß realer Umstände von selbst in die Bedingung, diese realen Umstände bis zur Adition zu beseitigen, und wird daher, wie bei der bedingten Erbeinsetzung, nur auf die Fähigkeit zur Zeit des Eintretens der Bedingung gesehen. Und zugleich hat sich uns in dieser Begriffserörterung auch der theoretische Grund für die innere Nothwendigkeit dieses Verhältnisses bei den bedingten Erbeinsetzungen ergeben.

XXXIV. Die Identificationshandlung des Erben. Die Adition und ihre Bedingungen. Das speculative Wissen und sein Umfang.

Allein wie fähig des Erbthums der Eingesetzte auch sei, durch die Fähigkeit allein ist er noch nicht Erbe. Hierzu gehört vielmehr, daß er, diese Fähigkeit verwirklichend, sich nun auch durch sein Wollen als den identischen Willenserhalter des Erblassers setzt und sich so selbst zum Erben macht. Dies bewirkt er eben, wie wir früher sahen, durch den Act der Adition. Allein die Adition ist doch nur der äußere Act, in welchem jener Wille zu Tage treten soll, und bewirkt daher das, was sie bewirkt, nicht durch die äußere formelle Handlung als solche, sondern nur durch den in ihr lebenden Willen, den Erbbegriff zu erfüllen[1], Erbe sein zu wollen. Erbe sein wollen heißt aber nach unserer Entwickelung nicht: die Vermögenshinterlassenschaft des Todten erwerben wollen — dieser Wille freilich tritt in jeder Adition stets sehr deutlich zu Tage —, sondern, und während dies nur das Accidentelle und Secundäre, im alten Recht auch wegen der Absorbirung der ganzen Hinterlassenschaft durch Legate in der Regel realiter gar nicht Eintretende ist (s. Nr. VII), heißt es vielmehr: den Willen haben, geistige Willensidentität mit dem Erblasser und daher Continuation seiner Willenssubjectivität zu sein. Käme es also dazu, daß beides sich spaltete, und daß ein Eingesetzter zwar durch die Adition die Vermögenshinterlassenschaft erwerben will,

[1] Weshalb denn später auch jeder andere Act, in welchem dieser Wille zu Tage tritt, d. h. die pro herede gestio, die solennelle Cretio ersetzen kann.

aber diesen geistigen Willen nicht hat, so würde — ein neues und gewaltiges Fundament mehr für unsere Lehre — die Adition, weil sie den transscendenten Erbthumsbegriff nicht erfüllt, eine ganz und gar wirkungslose und nichtige sein müssen.

Es werden sich uns sofort die ebenso praktisch wie theoretisch wichtigen Folgerungen ergeben, die sich aus dem so entwickelten Satze ableiten müssen. Constatiren wir zuvor, daß dies der wahre Sinn des römischen Satzes ist, daß die Erbschaft nicht durch irgendeine äußerliche Handlung als solche, sondern „durch die Bestimmung des Geistes", *animi destinatione*, erworben oder resp. ausgeschlagen werde.[1] Und wir haben früher schon gesehen, daß diese destinatio animi, Identität mit dem erblasserischen Willen zu sein, sogar bei dem suus und bei dem necessarius da ist, nur hier als eine nicht erst hervorzubringende und darum auch nicht erst zu setzende, sondern als eine durch sein Verhältniß zum Erblasser unmittelbar und nothwendig vorhandene. Allein bei dieser destinatio animi muß sich nun wieder zeigen, daß der Wille, weil er nur der praktische Sichselbstverwirklichungstrieb des Geistes ist, seine Quelle nothwendig im Geiste, d. h. im Wissen hat (vgl. Bd. 1, S. 48 fg., und §. 2, B. das.), weshalb Papinian in der eben (Note 1 d. vor. Seite) angezogenen Stelle sehr richtig sagt: „In totum omnia, quae *animi destinatione agenda sunt*, non nisi *vera et certa scientia* perfici possunt." In der That, wenn der Begriff des Erbthums der ist, die Willenssubjectivität des Erblassers forterhalten zu wollen, und zwar als ein mit ihr identischer Wille, so ist, ehe und damit der Erbe diesen Willen haben kann, zuvor jedenfalls erforderlich, daß er auch wisse, daß der Wille des Erblassers ihn zu seinem Erhalter und Continuator gewollt hat. Denn wäre dies nicht der Fall, oder wüßte es der Erbe auch blos nicht, so würde er für sich selbst ja blos durch seinen alleinigen Willen den Erblasser fortsetzen wollen; dadurch aber würde er sich als einen Solchen zeigen und eingestehen, dessen Willensinnerlichkeit eine von dem — von ihm selbst als verschieden gedachten — Willen des Erblassers verschiedene ist. Er würde sich also als einen andern für sich seienden Willen zeigen, als der Erblasser, während er ein mit ihm identischer sein soll. Er würde sich nicht als einen Willensaufrechterhalter, sondern vielmehr als einen Willensbeiseitesetzer des Erblassers offenbaren, nicht als eine übereinstimmende Fortsetzung der Willenssubjectivität des Erblassers, sondern im Gegentheil als eine dieser andere und von ihr abstrahirende Negation derselben. Er würde

[1] Inst., §. 7 de her. qual. (2, 19); L. 6 C. de jur. del. (6, 30) (Diocletianus); vgl. Papinian, L. 76 de reg. jur. (50, 17).

also durchaus dem transscendenten Begriff des Erbthums ins Gesicht schlagen und sich durch eine solche Adition nicht als Erben, sondern als das Gegentheil eines solchen setzen.[1] Darum muß also ohne dieses Wissen, daß ihn der Erblasser zum Erben gewollt hat, die Sache ganz so liegen und die Adition ganz ebenso unwirksam sein, als wenn ihn dieser in der That gar nicht eingesetzt hätte.

In der Transscendenz des speculativen Erbbegriffs wurzelt also die Nothwendigkeit des Wissens und kann lediglich von hier aus begriffen werden. Wir sagen, dieses Eine muß der Erbe wissen, daß und inwiefern der Erblasser ihn als Erben gewollt hat, oder richtiger noch und begrifflicher ausgedrückt: die geistige Beziehung, welche zwischen der Willenssubjectivität des Erblassers und seiner eigenen besteht, muß er wissen, wenn sie stattfinden soll, da sie sonst gar keine geistige Beziehung wäre, keine gewollte und identische Willensbeziehung des Erben auf den Willen des Erblassers stattfände, und somit Erbthum unmöglich wäre. Aus diesem Einen ergibt sich, wie wir sehen werden, in der That Alles, was der Erbe zu wissen braucht. Denn alles das, was diesem speculativen Begriff des Erbthums, der Willensidentität, nicht immanent ist, braucht der Erbe, in wie naher Berührung es auch mit dem Erbrecht stehe, wie sich zeigen wird, nicht zu wissen, ohne daß es ihm schadet. Die zuvor belobten Worte Papinian's sind daher, wie alle allgemeinen Aussprüche der römischen Juristen, noch viel zu vager und unbestimmter Natur, da nach ihnen die „vera et certa scientia" des Erben alle objectiven Umstände der Erbeinsetzung umfassen zu müssen scheinen könnte, was aber keineswegs der Fall ist. Vielmehr erhebt sich hier wieder von neuem die feinste begriffliche Dialektik, in den verschlungensten Windungen zeigend, was alles der Erbe wissen muß und nicht zu wissen braucht, eine Dialektik der haarscharfsten Unterscheidungen, welche einerseits ebenso sehr der wunderbaren praktischen Sicherheit der römischen Juristen Ehre macht, die in ihren concreten Entscheidungen stets die von dem unbewußt in ihnen arbeitenden speculativen Begriff gebotenen Folgerungen treffen, als sie andererseits die Omnipotenz des speculativen Begriffs zeigt, der sich auch hier wieder als die alleinige Macht der Rechtsbestimmungen und als der einzige Schlüssel zu ihrem Verständniß erweist; ein Verständniß, welches bisher vergeblich erstrebt werden mußte, und zum Theil nicht einmal zu finden versucht werden konnte.

Ehe wir aber zur begrifflichen Entwickelung dieser Unterschiede im

[1] Vgl. deshalb Ulpian, L. 21 pr. de acqu. her. (29, 2): „Si quis extraneus rem hereditariam quasi surripiens vel expilans tenet, *non pro herede gerit*, nam admissum *contrariam voluntatem* declarat."

Wissen übergehen, muß zuvor hervorgehoben werden, daß der suus natürlich überhaupt keines Wissens benöthigt ist. Die Nothwendigkeit hiervon ist einleuchtend. Das Wissen ist, wie wir sahen, erforderlich als die innere für sich seiende Vermittelung im Geiste des Erben, als die geistige Thätigkeit, durch welche er sich zur Willensidentität mit dem Erblasser bestimmt. Der suus aber ist eben dies (Nr. XXI fg.), keiner geistigen Vermittelung, keiner für sich seienden Selbstbestimmung mehr zu bedürfen, um Erbe zu sein, sondern unmittelbar, d. h. mit Ausschluß aller Vermittelung, dies zu sein. Der suus ist bereits Erbe durch das seiende Verhältniß, in welchem er zum Erblasser steht und welches ihn sogar gegen seinen eigenen Willen zum nothwendigen Erben macht. Bei ihm kann also, weil sein subjectives Fürsichsein überhaupt nicht in Betracht kommt — denn als ein bereits unmittelbar bestimmtes ist es als ein seiendes, naturbestimmtes gesetzt und nicht mehr als Fürsichsein vorhanden —, auch das Wissen nicht erforderlich sein, denn Wissen ist eben Fürsichsein des Geistes. Von dem suus heißt es daher: *sui* autem heredes fiunt *etiam ignorantes.*[1] Und da sein Fürsichsein überhaupt nicht in Betracht kommt, so ist es beim suus sogar nothwendig völlig indifferent, ob er wahnsinnig ist. Denn auch der Wahnsinnige ist immer noch an sich subjectiver Geist, aber ein solcher, der außer sich gekommen ist, sein eigenes Fürsichsein verloren hat. Der suus — und ebenso der unter derselben Begriffsbestimmung der Unmittelbarkeit stehende necessarius — ist aber der Erbe, bei welchem alle Selbstvermittelung und Selbstbestimmung, somit alles Fürsichsein als ausgeschlossen und gleichgültig gesetzt ist. Der suus und der necessarius ist daher auch als Wahnsinniger erbfähig und sofort Erbe. (Javolenus, L. 63 de acqu. vel om. her., 29, 2.)[2]

Es ist also nur der extraneus, weil nur dieser der voluntarius ist, welcher, weil er sich selbst zu jener Identität erst machen und bestimmen muß, auch die Vermittelung des Wissens braucht. Für ihn ist aber das Wissen nun auch die Principalbedingung, um seinen Erbschaftsantritt wirksam zu machen, gleichviel ob er in der solennellen

[1] Inst., §. 3 de hered. quae ab intest. (3, 1); vgl. L. 9, §. 1, de reb. dub. (34, 5); L. 1, §. 7, si quis om. caus. (29, 4). Von dem suus wird daher nicht einmal die mortis scientia gefordert; L. 8 C. de suis et legitimis etc. (6, 55).

[2] „. . . nisi si *necessarius patri aut domino* heres existat." — L. 7, §. 2, C. de curat. furiosi (5, 70): „Si vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae quasi debita ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus."

Adition, oder später in andern Handlungen besteht, die den Willen, Erbe zu sein, offenbaren („. . . *dummodo sciat*, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse et *se ei heredem esse*“).[1] Denn wüßte er dies nicht, so würde er nur den Willen haben, das Vermögen zu erwerben, nicht aber den Willen, den transscendenten Begriff des Erbthums, die Willensidentität mit dem Erblasser, zu erfüllen.

Wie aber dieser speculative Begriff der einzige Grund ist, weshalb das Wissen erforderlich, so ergibt sich auch nur aus ihm, und in der strengsten geschlossensten Uebereinstimmung mit ihm, der Umfang dieses nothwendigen Wissens. Nicht darauf ist also hier der Ton zu legen, daß der Erbe wissen muß, daß der Erblasser todt ist. Zwar folgt auch dies aus dem Erbbegriff. Denn der Testator wollte nicht früher durch eine andere Willenssubjectivität fortgesetzt sein, bis seine eigene in natürlicher Existenz nicht mehr vorhanden wäre, und folglich wäre das Wollen dessen, der ihn früher oder ohne Rücksicht auf diesen Zeitpunkt repräsentiren wollte, kein mit jenes Willen übereinstimmender, identischer Wille.[2]

Aber nicht hierin liegt das Specifische des Wissens beim Erb-

---

[1] Inst., §. 7 de her. qual. (2, 19).

[2] Es wird also der Erbe, auch wenn der Testator wirklich todt ist, er aber dies nicht weiß, nicht wirksam antreten können. Ulpian, L. 32 de acqu. her. (29, 2): „Heres institutus si *putet* testatorem vivere, quamvis jam defunctus sit, adire hereditatem non potest.“ Und ebenso dann nicht, wenn er zweifelt; denn Wissen heißt Gewißheit, d. h. innerste subjective Ueberzeugung; Ulpian, L. 13, §. 1 eod. tit.: „Si quis *dubitet*, vivat testator nec ne, repudiando nihil agit.“ Es ergibt sich beiläufig von selbst aus unserer ganzen Entwickelung, wie irrig Heise und Cropp (II, 121) meinen, es käme darauf an, daß rechtliche Gewißheit im objectiven Sinne über den Tod des Erblassers vorhanden sei.

Was die Repudiation der Erbschaft betrifft, so wird sie bekanntlich ganz durch dieselben Bestimmungen wie die Adition geregelt (Paulus, L. 18 de acqu. her.: „Is potest *repudiare* qui et *acquirere* potest“). Die Nothwendigkeit hiervon ist einleuchtend. Repudiation ist nicht Nichterbenwollen in jenem indifferenten Sinne, in welchem es zu jeder Zeit von uns gilt, wenn wir überhaupt keine Erbschaft machen können und daher auch keine zu machen vorhaben; sondern Repudiation heißt Zurückstoßung, Negation der angebotenen Willensidentität. Somit muß diese Identität, um negirt zu werden, vorher vom Erblasser seinerseits gesetzt, d. h. offerirt worden sein. Früher kann sie, da sie vom Erben allein nicht erzeugt werden kann, ebenso wenig negirt als bejaht werden. Hieraus folgt also, daß die Delation des Erbthums, und zwar unter Beobachtung aller jener Bestimmungen, die für die Adition aus dem Erbbegriff hervorfließen, gültig vorhergehen muß, ganz ebenso für die Negation als für die Bejahung der Willensidentität, d. h. also, daß man nur dann zur Repudiation fähig ist, wenn man es zur Adition wäre, und umgekehrt.

recht. Denn auch der Wille, die Güter eines noch Lebenden zu besitzen, würde ein in sich unwirksamer, und dieses Wissen (das des Todes) daher auch für den bloßen Vermögenserwerb der bonorum possessio erforderlich sein.[1] Das specifische Wissen, das hier erforderlich ist, besteht vielmehr darin, daß der Erbe, wie wir sagten, die geistige Beziehung wissen muß, die zwischen der Willenssubjectivität des Erblassers und seiner eigenen besteht. Im Wissen dieses begrifflichen Verhältnisses liegt alles, was er zu wissen und nicht zu wissen braucht. Er muß also zunächst wissen, daß ihn der Testator zum Erben gewollt hat („et se ei heredem esse", wie Justinian soeben sagte). Da er aber dies nur wissen muß, weil er eben die qualitative geistige Willensbeziehung des Erblassers auf ihn, das begriffliche Verhältniß, wissen muß, so liegt hierin schon, daß er jene Willensbeziehung in ihrer qualitativen Bestimmtheit wissen muß, also wissen muß, ob sich der Erblasser durch ausdrückliche Willensentschließung, oder blos durch das vorausgesetzte Wesen seiner Willenssubjectivität auf ihn als Willensidentität bezieht[2] (testatum intestatumve obiisse). Ebenso aber, wenn er vor allem den Willen des Erblassers als einen auf ihn gerichteten kennen muß, so ist hierin bereits gegeben, daß er wissen muß, daß der Testator auch willensfähig war. Denn wenn er dies nicht einmal wollen konnte, hat er — es ist dies sogar tautologisch — auch nicht gewollt, hat es eben nicht wollen können.[3] Der Erbe muß also wissen, daß der Testator pater familias war, und wird nicht wirksam antreten können, wenn er ihn irrthümlich für einen filius familias hält, da er sich dadurch, daß er den Testator für willensunfähig zum Testiren hält, das Fundament, auf welches er seine Willensidentität mit ihm stützen muß, ganz ebenso selbst entzieht, als wenn der Testator es wirklich gewesen wäre. Ulpian[4]: „Sed et si de conditione testatoris incertus sit, pater familias an filius familias sit, *non poterit* adire hereditatem, etsi ejus conditionis sit *in veritate, ut testari poterit.*" Allein, um dies hier gleich in Antithese zu bringen, wenn der Erbe über seine eigene Condition zweifelt, ob er pater- oder filiusfamilias sei, so hindert dies ihn nicht an der Adition. Ulpian[5]: „Sed et si de sua conditione quis dubitet, an filius familias sit, posse

[1] Paulus, L. 19 de acqu. her.: „Qui hereditatem adire, *vel bonorum possessionem* petere volet, *certus* esse debet, defunctum esse testatorem."

[2] Dies wird zur nähern Darlegung und Entwickelung kommen bei der letzten Betrachtung des Intestaterbrechts, Nr. XL.

[3] Vgl. Bd. 1, S. 396, über die „rechtliche Natur des Testaments".

[4] L. 32, §. 2 eod. tit.

[5] L. 34 pr. eod. tit.; vgl. Ulpian, L. 6, §. 4 eod. tit.

eam acquirere hereditatem jam dictum est." Und es kann ihn nicht daran hindern, denn seine eigene persönliche Selbständigkeit oder Unselbständigkeit hat nichts mit der geistigen Willensbeziehung zu thun, welche der Erblasser zu ihm hat, und ändert nicht sein Verhältniß zu demselben. Er würde in beiden Fällen Erbe und der Adition fähig sein, wenn er auch das eine mal das Erbthum für seine noch in seinem Gewalthaber befindliche Willenssubjectivität (s. oben Nr. XXI), das andere Mal für diese als eine nun selbst zum Subjecte und Träger ihrer selbst gewordene erwirbt. Ulpian wirft daher selbst a. a. O. die Frage auf, woher es käme, daß das Nichtwissen über die Condition des Testators hindere, nicht aber das der eigenen, und beantwortet diese Frage, den richtigen Punkt hier sehr genau treffend, wie folgt: „Cur autem si ignoret conditionem, adire potest, si testatoris, non potest? *Illa* ratio est, quod qui conditionem testatoris ignorat, *an valeat testamentum*, dubitat, qui de *sua*, de *testamento certus est*." „Dieser ist über das Testament sicher." Das Testament ist aber eben die Willensbeziehung, die sich der Testator auf den Erben gegeben hat.

Aber wir haben früher gezeigt, warum das Testament wesentlich kein bloßer formloser Wille, das Erbthum kein bloßer Consens zweier Privatwillen ist. Denn dieser erst in der Zeit nach dem Tode das vinculum juris empfangende Wille, dieser nach dem Tode wollende Wille ist keine natürliche Fähigkeit des Menschen, sondern ein Product dieses bestimmten Volksgeistes, d. h. des öffentlichen Geistes[1], und daher nur hervorzubringen durch die Formen und die Bestimmungen des öffentlichen Rechts[2] (secundum hanc legem publicam). Sind diese nicht beobachtet worden, so ist also dieser im öffentlichen Geiste wurzelnde Wille gar nicht von seinem Autor gesetzt und hervorgebracht worden. Ein von der Kraft jener Bestimmungen nicht getragenes Testament ist daher, weil die Testamentifactio juris publici ist, nicht nur unwirksam in dem äußerlichen Sinne, daß dem Willen das Hinderniß eines positiven Gesetzes entgegensteht, sondern es ist hier überhaupt kein echter Wille, kein Wille kraft der in jedem Einzelnen als Fähigkeit vorhandenen — und allein hierzu befähigenden — Substanz des Volksgeistes, sich den Willensperpetuirer zu erzeugen, dargelegt, oder auch nur innerlich producirt worden. So — aber auch nur so — begreift sich, daß der Erbe, der, um dies sein zu können, sich darüber gewiß sein muß, daß der Testator diesen sein Erbthum erzeugenden Willen hatte, sich deshalb auch ebenso gewiß darüber sein muß, daß der Testator alle jene formellen Bestimmungen beobachtet hat; daß er

[1] Siehe oben Nr. VIII, X und XV.
[2] Siehe oben Nr. VIII.

sich also ebenso gewiß darüber sein muß, daß das Testament nicht irritum oder injustum ist, als er sich darüber gewiß sein muß, daß das Factische des erblasserischen Willens auf ihn gerichtet war, d. h. also z. B. daß das ihn einsetzende Testament nicht gefälscht ist. Darum heißt es also[1]: „Si *certus sum*, *non esse falsum* testamentum, vel *irritum*, vel *ruptum* licet dicatur esse, possum adire hereditatem." Hierin ist aber schon gegeben, daß er, weil er ja das Willensverhältniß wissen muß, das zwischen der Willenssubjectivität des Testators und der seinigen besteht, er auch wissen muß, ob diejenige des Testators nicht schon in einer andern, von ihm nicht negirten (exheredirten) Willenssubjectivität, d. h. in einem suus, unmittelbar vorhanden und continuirt ist. Denn in diesem Falle würde der Testator, indem er diese seiende Willensidentität nicht aufhob (Nr. XXIV), unmittelbar in dieser und als diese noch fortexistiren und sie somit keineswegs auf einen Fremden übertragen haben. Der durch den suus ausgefüllte und nicht von ihm gereinigte Platz macht, solange ihn der Testator nicht von da ausgetrieben hat, es diesem unmöglich, ihn anders besetzen zu wollen. Denn solange er den suus nicht ausgetrieben hat, ist sein Wille: der suus, und existirt als dieser weiter unmittelbar fort.

Wenn also der Testator einen etwaigen postumus nicht exheredirt hat, so muß der Erbe mehr wissen, als der Testator selbst gewußt hat; er muß wissen, ob ein solcher suus postumus im Keime da ist oder nicht. Da es sich hier nicht um Billigkeit oder praktische Rücksichten, sondern schlechterdings um nichts als die unerbittliche Consequenz des speculativen Begriffs handelt, so hilft dem Erben nichts, er muß wissen, was er eigentlich schlechterdings gar nicht wissen kann; er muß besser als die Frau des Todten, die sich für schwanger ausgibt oder selbst dafür hält, wissen, ob sie schwanger ist oder nicht; er muß wissen, daß sie es nicht ist, um wirksam antreten zu können: „Quod dicitur: «Proximus a filio postumo heres, dum mulier praegnans est, aut putatur esse, adire hereditatem non potest, *sed si scit non esse praegnantem potest*» accipe: proximus a ventre qui suum heredem pariturus est."[2] Ja, wenn das Weib selbst sich nicht für schwanger hält, Hebammen aber es behaupten, so

[1] Ulpian, L. 30, §. 8 cod. tit.; vgl. L. 17 pr. eod. tit.

[2] Ulpian, L. 30, §. 1 cod. tit.; vgl. §. 2 daſ.: „Sive igitur *putem*, sive sit re vera praegnans ... adire hereditatem non possum, quoniam in eo est ut rumpatur testamentum, nisi si proponas ventrem institutum vel exheredatum." — Es bezieht sich dies, wie Ulpian daſ. auch weiter sagt, auch auf den Intestaterben. Und nach dem schon sub Nr. XXII Gesagten wird dies von selbst klar sein, da das Intestatgesetz eben nur den in Ermangelung ausdrücklicher Darlegung subsidiarisch-ergänzten Willen des Erblassers darstellt.

muß er es besser wissen als diese.[1] Wissen heißt aber Gewißheit des Wahren, Objectiven.[2] Es nützt ihm also auch nichts, sie für nicht schwanger zu halten, wenn sich später herausstellt, daß sie es wirklich gewesen. Und auch aller äußere Erfolg in der blos factischen Wirklichkeit hilft dem Erben nichts. Denn wenn die Frau dann abortirt und der suus somit gar nicht geboren wird, so war die Adition, obgleich jetzt kein äußeres Hinderniß (in einer andern Person) existirt, dennoch unnütz. Denn zur Zeit, als er in die Willenssubjectivität des Todten eintreten wollte, konnte er dies nicht. Sie war durch jene embryonische Persönlichkeit damals occupirt und ausgefüllt gewesen. Die Identification des extraneus — diese Bedeutung des Aditionsactes — hat also nicht stattgefunden, und die Adition ist wie nicht gewesen[3]: „Quid ergo, si praegnans fuit, quum putaret heres, non esse praegnantem, et adiit, *mox abortum factum est?* Procul dubio *nihil egerit.*"[4] Einen einzigen Erben aber gibt es, der, so befremdlich dies zunächst klingen muß, den suus als *postumus* schlägt. Wenn nämlich die Frau selbst zum Erben eingesetzt ist und mit einem postumus schwanger ist, so kann sie, trotzdem sie dies weiß, antreten und das Erbthum erwerben[5]: „Sed et si ipsa mulier heres instituta sit, quae se praegnantem fingit, adeundo acquiret hereditatem." Also nicht einmal die juristische Regel, daß der präterirte suus postumus den extraneus heres schlägt und das Testament bricht, ist allgemein gültig. Auch sie hat hier ihre Ausnahme. Allein diese ist eben nur eine Ausnahme von der juristischen Regel, nicht vom Begriff, der keine Ausnahme erleidet und sich vielmehr selbst sofort als die Thätigkeit erweist, welche jene Ausnahme an der Regel hervorgebracht hat. Der suus postumus ist zwar auch hier wie unter allen Umständen unmittelbare Identität mit dem todten Vater. Allein solange er im Leibe der Mutter ist, kann er auch gegen diese nicht als eine andere Willenspersönlichkeit als sie ausgegeben werden, ist vielmehr auch mit ihr in ungetrennter physischer und geistiger Identität. Da er keine andere Willensperson ist als

---

[1] Ulpian, l. l., §. 3: „... Quid ergo, si ipsa non dicat sed neget, alii dicant, praegnantem esse? Adhuc adiri hereditas non potest, finge obstetrices dicere."

[2] Ulpian, l. l., §. 4: „Toties igitur ei sua praesumtio proficit, quoties concurrit cum veritate."

[3] Ulpian, l. l., §. 4.

[4] Von hier aus leuchtet nun ein, was Savigny, VIII, 455, nicht zu beseitigen vermag, und was auch von uns Bd. 1, S. 418, Note 1, noch nicht erklärt werden konnte, warum auch das Testament, wenn der präterirte suus oder postumus vor dem Testator gestorben, nach Civilrecht dennoch nichtig bleiben muß.

[5] Das., §. 5.

sie, hindert er sie nicht an der Adition, kann auch nicht das Testament des Erblassers inficiren und dessen Willen fehlerhaft machen. Denn freilich konnte der Erblasser, da er nicht exheredirte, keinen Andern einsetzen als den suus. Allein solange dieser im Leibe der Mutter ist, hat er auch keinen Andern eingesetzt, indem er diese Mutter einsetzte; es ist, wegen jener untrennbaren physisch-geistigen Identität, vermöge welcher sie für das Kind in ihrem Leibe noch ißt und trinkt und will, ganz so, als habe er den suus eingesetzt. Konnte auch der Testator wegen seiner unmittelbaren Willensidentität mit dem suus, ohne zu exheredіren, sich mit einer andern Willenssubjectivität als diesem nicht einmal identificiren wollen, so konnte er doch sich mit jemand identificiren, der mit dem suus ebenso unmittelbar identisch ist, wie er es seinerseits mit ihm ist; er konnte doch die eigene Willenssubjectivität des suus einsetzen — und dies ist eben noch die Mutter. Oder mit andern Worten: Solange sie den suus noch in ihrem Leibe trägt, hat sie um der Naturwahrheit willen dieselbe väterliche Gewalt über ihn und dasselbe Verhältniß zu ihm, wie der römische Vater.[1]

Warum fährt aber Ulpian nach den letztbezogenen Worten fort: „per contrarium *non* acquiret, si se *putet* praegnantem, quum *non* sit". Wenn die zum Erben eingesetzte Frau sich für schwanger hält und antritt, und hinterher ihre Schwangerschaft sich als ein Irrthum herausstellt, soll ihre Adition unwirksam sein. Wer erklärt das? Wie kann gerade das Nichtdasein des suus, der doch jedenfalls für ihr Erbrecht nur ein relatives Hinderniß war, ihre Adition vernichten? Wie kann das, was ihr Recht vielmehr zu einem einfachen und unzweifelhaften macht, die Erwerbung hindern? Wie kann also ihre Adition unwirksam sein, wenn sie nicht schwanger ist, da sie sogar, falls sie wirklich schwanger war, wirksam gewesen wäre, und durch ihre Nichtschwangerschaft ihr Recht als eingesetzte Erbin doch jedenfalls nur um soviel verstärkt wird? Wie kann also gerade das zum Hinderniß werden, daß sich herausstellt, ein vermuthetes relatives Hinderniß finde nicht statt? Und freilich wäre es ganz unmöglich, hierfür wie für so vieles Andere auch nur eine Scheinerklärung vom Standpunkt der bisherigen Auffassung des Erbrechts als eines Instituts, das in seinem Princip eine Vermögenssuccession sei, finden zu wollen. Ist aber erst der speculative Erbthumsbegriff gegeben, so erklärt sich auch diese so paradox scheinende Entscheidung als eine ebenso selbstredende wie nothwendige Folge seiner transscendenten Innerlichkeit. Die Frau ist zum Erben ein-

[1] Sie wird sich aber eilen müssen mit der Adition; denn wenn sie erst nach ihrer Niederkunft antreten will, so wird sie es nicht mehr können, da nun eben der suus ein Anderer geworden ist, als sie.

gesetzt. Ihr ist also vom Erblasser die Identität mit seiner Willenssubjectivität übertragen. Allein direct kann sie diese nicht auf sich nehmen, denn dieselbe ist bereits occupirt durch die unmittelbare Identität des Erblassers mit dem präterirten suus. Allein dieser suus ist noch in ihrem Leibe, und daher ebenso unmittelbare Identität mit ihr. Die Frau setzt sich daher in die angetragene Willensidentität mit dem Erblasser, nicht direct, wie sonst bei der Adition, sondern dadurch, daß sie unmittelbar identisch mit dem *suus* ist, der seinerseits die unmittelbare Identität mit dem Testator bildet. Die Frau schließt sich also in der Weise eines Schlusses zur Identität der Willenspersönlichkeit mit dem Testator zusammen, und dieser Schluß geht durch den suus hindurch, ist durch ihn vermittelt. Erweist sich also hinterher der Schluß als fehlerhaft, ist das Mittelglied gar nicht existent gewesen, so ist der Schluß eben auch nicht zu Stande gekommen, und Erblasser und Erbin sind also nicht zusammengeschlossen, die geistige Willensidentificirung, da sie sich innerlich durch das Bindeglied der Identität mit dem nicht vorhandenen suus vermitteln wollte, ist gar nicht hergestellt. Die Adition ist also wirkungslos, und es muß resp. eine neue stattfinden, bei welcher die Frau, indem sie sich jetzt als nichtschwanger weiß, auch weiß, daß sie sich jetzt direct mit dem Testator identificirt. Es bestätigt aber dieser Fall der in ihrer Einbildung schwangern, zur Erbin eingesetzten Frau wieder die absolute Richtigkeit dessen auf das evidenteste, was wir oben als den begrifflichen Umfang des nothwendigen Wissens aus dem Erbthumsbegriff selbst hergeleitet und als das innere Gesetz der Sache aufgestellt haben, daß der Erbe die Willensbeziehung wissen muß, die zwischen der Willenssubjectivität des Erblassers und der seinigen besteht.

Muß also der Erbe, wie wir schon bisher an so vielen Punkten gesehen haben, weil er dieses Willensverhältniß wissen muß, das der Testator zu ihm hat, um es als Willen des Testators zu seinem eigenen Willen machen zu können, — muß er deshalb alles wissen, was die qualitative Willensbestimmtheit des Testators angeht; muß er deshalb sogar wissen, daß der Testator die formellen Bestimmungen in seinem Testament beobachtet hat (testamentum non irritum), weil diese Formen von qualitativer Einwirkung auf das Dasein des testirenden Willens sind; muß er deshalb selbst ihm absolut fremde und fast nicht wißbare Umstände der objectiven Außenwelt wissen, wenn sie auf jenes Verhältniß influenziren, wie z. B. daß die sich für schwanger haltende Frau es nicht ist: so hat er dagegen nicht nöthig, irgendetwas von dem zu wissen, wie leicht wißbar es für ihn auch sei, was für den speculativen Erbbegriff, die Willensidentität, gleichgültig ist, in einer wie nahen äußern Berührung es auch mit ihm stünde. Nichts

also von alledem, was von keiner qualitativen Einwirkung auf den Willen des Erblassers ist, sondern nur quantitative Bedeutung in demselben hat. Er braucht also nicht zu wissen, für welche Quote ihn der Erblasser zum Erben eingesetzt hat[1]: „Si quis partem ex qua institutus est, ignoravit, Julianus scribit, *nihil ei nocere*, quominus pro herede gereret, quod et Cassius probat etc." Und dies ist nothwendig. Denn diese quantitative Vermögensbestimmung, die in der Quotenfixirung stattfindet, ist, wie wir oben (Nr. XXXII) gesehen haben, und wie sich hier bestätigt, dem speculativen Erbbegriff selbst ganz gleichgültig und äußerlich. Da jeder Erbe, für eine wie immer kleine Quote er auch eingesetzt sein mag, immer Identität mit der ganzen Willenssubjectivität des Erblassers darstellt, so wird das Willensverhältniß, in dem der Erblasser zum Erben steht, durch die Größe der Quote nicht im geringsten berührt, und so braucht sie auch nicht gewußt zu werden. In dieser Gleichgültigkeit der Vermögensquote für das Wissen zeigt sich von neuem das Vermögen selbst als das dem Erbbegriff Andere und ihm Aeußerliche.

Hieraus ergibt sich nun sofort eine sehr interessante Folgerung in Bezug auf den oben betrachteten Fall des schwangern Leibes. Zuerst diese, daß der suus postumus (wie der suus überhaupt) nur auf irgendeine Quote eingesetzt zu werden braucht, wie klein sie auch sei. Denn die Größe der Quote, als das für den Erbbegriff überhaupt Gleichgültige und Aeußerliche, ist deswegen auch für seinen Erbbegriff gleichgültig. Wie klein die Quote auch sei, er ist immerhin durch die Einsetzung als unmittelbare Willensidentität anerkannt worden und brauchte also nicht exheredirt zu werden. Der Testator wird daher, nachdem er ihn zum Erben überhaupt aus einer wie immer kleinen Quote gemacht hat[2], neben ihm noch einen extraneus einsetzen können[3], ganz so wie er überhaupt mehrere Erben ernennen kann. Wenn nun ein postumus mit einem extraneus zusammen vom Testator eingesetzt ist, und es zeigt sich nach dessen Tode, daß keine Schwangerschaft vorliegt, so accrescirt jetzt dem extraneus die andere, dem vermutheten postumus übertragene Vermögensquote im stricten Gegensatze zu dem vorhin Erörterten, auch ohne daß er weiß, daß die Frau nicht schwanger ist. Und unsere

[1] Ulpian, L. 21, §. 2 eod. tit.

[2] Nur präterirt darf er nicht werden, worin sich wieder zeigt, daß es ein begriffliches Verhältniß und nicht ein Vermögensanrecht ist, welches das Erbrecht des suus bildet.

[3] Wäre das Erbrecht in seinem Princip eine Vermögenssuccession, so würde also hier wieder die unbegreifliche Inconsequenz vorliegen, daß das Recht des präterirten suus — denn dieser nimmt alles — größer ist als das des eingesetzten.

gesammte Entwickelung muß die Nothwendigkeit hiervon bereits evident gemacht haben. Denn wenn der extraneus neben dem postumus eingesetzt ist, so ändert es sein Verhältniß zur Willenssubjectivität des Erblassers nicht im geringsten, ob ein postumus da sei oder nicht. Er bleibt in dem einen wie in dem andern Falle Erbe, Willensidentität mit dem Erblasser. Da also in diesem Falle das Dasein oder Nichtdasein eines postumus nicht auf sein begriffliches Verhältniß zum Erblasser influenzirt, so fällt es hier auch nicht in den erforderlichen Umfang seines Wissens hinein, daß die Frau nicht schwanger ist, und er muß den Vermögensantheil des suus ohne dieses Wissen erwerben. Darum heißt es also[1]: „Heredi cum postumo instituto reliquae partes accrescunt, quae postumo datae sunt, si certum sit, non esse praegnantem, *licet heres ignoret.*" Indem aber der Jurist so anerkennt, daß der Erbe auch ohne Wissen den Vermögensantheil des postumus erwirbt, bekundet er selbst aufs positivste, daß das Wissen im Erbrecht nicht für den erbrechtlichen Vermögenserwerb erforderlich ist, resp. also überhaupt nicht erforderlich wäre, wenn das Erbrecht, wie es bisher stets aufgefaßt wurde, eine Succession in das Vermögensrecht wäre, sondern nur durch jenen speculativen Begriff des Erbthums, durch jenen transscendenten Begriff der Willensidentität gefordert wird, welcher, in diesen wie in allen Theilen des Erbrechts stets übersehen, dennoch überall das einzige reale Fundament und die alleinige lebendige Seele desselben bildet.[2]

---

[1] Paulus, L. 31 eod. tit.

[2] Ja noch mehr, der Erbe, d. h. der es einmal ist, also die wirksame Adition hinter sich hat, erwirbt bloße ihm bis dahin nicht gehörige Vermögenstheile nicht nur ohne sein Wissen, sondern sogar noch nach seinem Tode, wo er also gar kein Willenssubject mehr ist. Wenn nämlich jemand pro parte unbedingt, und pro parte unter einer objectiven Bedingung eingesetzt ist und, nachdem er aus der unbedingten Einsetzung antrat, stirbt, jene Bedingung aber nach seinem Tode in Erfüllung geht, so gilt jetzt die bedingte Quote als ihm gehörig, und geht auf seinen Erben über. Es ist Gajus, der uns diesen sehr interessanten Fall setzt, L. 53 eod. tit.: „Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub conditione, et ex pura institutione adierit et decesserit, *posteaque* conditio extiterit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet." Es ist genau zu betrachten, was hierin enthalten ist. Der Erbe des Erben ist es nicht, der den Theil erwirbt; denn der Erbe transmittirt nicht nach Römischem Rechte, es gehen also nicht-erworbene Rechte auf seinen Erben nicht über, oder: der Erbe des Erben erbt nicht. Aber auch der erste Erbe kann jetzt, als todt, keinen Vermögenserwerb mehr machen, ebenso wie er auch jetzt nicht mehr eine Erbschaft zu erwerben fähig wäre. Allein Erbe ist er einmal aus der pura institutio von früher her. Und als Erbe ist er im allgemeinen und schlechthin der Darsteller der erblasserischen Willenssubjectivität, ist es also auch für den Vermögenstheil, in Bezug auf den er es nur bedingt

Wenn aber der Erbe nichts von der Größe seiner Quote als der seinem begrifflichen Verhältniß gleichgültigen, nur quantitativen Vermögensäußerlichkeit zu wissen braucht, so muß er dagegen wieder sehr genau wissen, ob er unter einer Bedingung eingesetzt ist, und unter welcher. Denn die Bedingung stellt wieder eine qualitative Bestimmtheit und Modalität des Willens des Erblassers dar und muß deshalb gewußt werden. Der unbedingt eingesetzte Erbe wird also nicht antreten können, wenn er ungewiß darüber ist, ob er unbedingt oder bedingt eingesetzt sei. Der bedingt Eingesetzte wird nicht antreten können, wenn er sich zwar als bedingt Eingesetzten überhaupt weiß, aber die bestimmte Bedingung nicht kennt, unter der er eingesetzt ist; ja, wenn diese Bedingung eine ihm gestellte Willensbedingung ist (conditio in arbitrium collocata) und er dieselbe, ohne sie zu kennen, erfüllt hat, muß seine Adition nichtsdestoweniger wirkungslos bleiben. Denn die unwissentliche Erfüllung kann ihm in keiner Weise helfen, da er sie dann nicht als den erblasserischen Willen, sondern nur zufällig, und somit als ein diesem fremder Wille erfüllt hat, diese rein äußerliche Erfüllung daher nicht den Sinn und somit auch nicht die Kraft in sich trug, die von dem Erblasser an diese Aufgabe geknüpfte Willensidentität mit ihm hervorzubringen.

Und so heißt es denn bei Ulpian, alle diese Folgerungen des Begriffs bestätigend[1]: „Sed et si scit, se heredem institutum, sed utrum *pure* an *sub conditione* ignoret, *non* poterit adire hereditatem, licet *pure* heres institutus sit, et *sub conditione*, licet *paruerit*[2] *conditioni*."

---

sein soll, eo ipso wie die Bedingung objectiv eintrifft. Allein hierzu müßte er noch leben, denn wie kann er, selbst todt, als noch vorhandene Fortexistenz des erblasserischen Willens ausgegeben werden? Allein hier gerade zeigt sich recht sinnlich, wie, was wir oft hervorgehoben, durch das Erbthum nicht die Fortdauer der erblasserischen Willenssubjectivität um eine gewisse Zeit, ein Menschenleben, verlängert, sondern in alle Ewigkeit hinein zur wahrhaften Unsterblichkeit perpetuirt wird (vgl. Nr. I und II). Wäre der Erbe nur unter einer Bedingung eingesetzt, so kann er die Erbschaft, wenn er vor Eintritt der Bedingung stirbt, nicht erwerben. Aber als auch pure eingesetzt, ist er nach seiner Antretung einmal das Dasein des erblasserischen Willens, und als Person ist er jetzt zwar todt, als Fortexistenz des erblasserischen Willens aber ist er es nicht. Denn er hat seinerseits einen Erben, und war er erst durch wirkliche Antretung zum Träger der erblasserischen Willenssubjectivität geworden, so hat er nun dieselbe durch sich hindurch in seinen Erben hineincontinuirt, sodaß er, der erste Erbe, als Fortdauer des ersten Erblassers, noch im zweiten Erben vorhanden ist und in ihm erwirbt, und so weiter in alle Ewigkeit.

[1] L. 32, §. 1, eod. tit.

[2] Durch diesen Ausdruck ergibt sich also von selbst, daß hier eine Willensbedingung gemeint ist.

Wiederum aber, wenn der Testator den Erben unter einer nicht von dessen Willen abhängigen Bedingung der objectiven Außenwelt[1] eingesetzt hat, so wird er zwar nach dem Vorigen nicht antreten können, solange er den Inhalt der Bedingung nicht weiß; er wird natürlich auch, diesen wissend, nicht antreten können, solange die Bedingung nicht objectiv eingetroffen ist. Aber falls er nur die Bedingung und ihren Inhalt weiß, und diese eingetroffen ist, so wird, wenn der speculative Begriff sich bis in seine strengsten und feinsten Consequenzen hinein als das Gesetz der Sache bewähren soll, seine Adition auch dann wirksam sein, wenn er auch das objective Eingetroffensein der Bedingung nicht weiß. Denn das Eintreffen der Bedingung gehört nicht zu dem Willensinhalt des Testators. Der Testator hat nicht gewollt, daß die Bedingung eintreffe. Hätte er dies gewollt, so hätte er eine von der Willensfreiheit des Erben abhängige Bedingung wählen müssen. Er hat blos gewollt, daß, wenn die Bedingung einträfe, jener der Erbe, und wenn nicht, es nicht sei. Aber ob die Bedingung eintreffen solle oder nicht, dies hat der Testator, als ein von seiner Willensfreiheit nicht abhängiges Verhältniß, rein in die objective Außenwelt gesetzt und dieser überlassen. Also nur der Inhalt der Bedingung, nicht aber das Eintreffen derselben gehört zum Willensinhalt des Erblassers. Weil also das Eingetroffensein oder Nicht der Bedingung nicht in den Willensumfang des Erblassers gehört, so gehört es nach dem von uns entwickelten Begriff auch nicht in den Wissensumfang des Erben. Das Dasein und der Inhalt der Bedingung muß von diesem gewußt werden, denn sie bilden den Willensinhalt des Testators. Aber das Eingetroffensein der Bedingung braucht nicht von ihm gewußt zu werden, denn es ist bloße Thatsächlichkeit, bloße Sache der dem Willen des Erblassers fremden äußern Wirklichkeit als solcher, und darum muß auch das blos objective Eintreffen derselben genügen. Und so muß denn Ulpian an einer schon oben bezogenen Stelle fortfahren[2]: „. . . quod et Cassius probat (nämlich daß der Erbe antreten könne), si *conditionem*, sub qua heres institutus est, *non ignorat*, si tamen *exstitit* conditio, sub qua institutus est. *Quid tamen si ignorat conditionem exstitisse?* Puto, *posse* adire hereditatem, quemadmodum si ignoret, an coheredis cui substitutus est, repudiatione portio ei delata sit.“[3] Der Vergleich, der in den

---

[1] Die Bedingung: ut quid obtingat, L. 60 pr. de condit. (35, 1).

[2] L. 21, §. 2 eod. tit.; siehe oben S. 266.

[3] Die Repudiation des coheres, dem ein anderer Quotenerbe substituirt ist, stellt gleichfalls eine Bedingung für diesen dar, aber nicht eine Bedingung für die Erwerbung des Erbcharakters, den er als heres ex parte bereits besitzt,

letzten Worten liegt, ist ein sehr richtig zutreffender. Denn auch ob der eingesetzte Miterbe annehmen oder ausschlagen wird, hängt nicht vom Willen des Erblassers noch des heres substitutus ab, gehört diesem gegenüber gleichfalls nicht zum Willensinhalt des Erblassers, sondern ist nur ein Factum der objectiven Außenwelt, das deshalb nicht in seinen nothwendigen Wissensumfang hineingehört, um seine Adition wirksam zu machen.

Hieraus ergibt sich nun aber eine sehr interessante speculative Consequenz, diese nämlich, daß unter Umständen, so paradox dies scheint, zwei Irrthümer sich werden aufheben, der zweite den ersten unschädlich machen können.

Wenn nämlich der unbedingt eingesetzte Erbe irrig sich für einen bedingten hält, und wenn er nun auch noch zweitens irrthümlich glaubt, daß diese vom Testator gar nicht hinzugefügte, an ein objectives Ereigniß geknüpfte Bedingung in Erfüllung gegangen sei, so wird dieser zweite Irrthum den ersten aufheben, und der Erbe wird wirksam antreten können. Die Nothwendigkeit hiervon ergibt sich durch Folgendes.

Die Bedingung, an die der Erbe glaubt, war zunächst als gar nicht vom Erblasser gestellt, auch keine qualificirende Bestimmtheit in dem Willen desselben. Allein da der Erbe dies glaubt, so ist sie für ihn eine solche qualitative Bestimmtheit des erblasserischen Willens, und diese Ungleichheit, wie der Wille im Erblasser, und wie er für den Erben ist, hindert die geistige Identificirung und somit die Adition. Allein auch für den Erben stellte die geglaubte Bedingung nur so lange eine qualificirende Bestimmtheit des erblasserischen Willens dar, solange er sie als nicht in Erfüllung gegangen annimmt. Denn nur solange sie dies nicht ist, hält die Bedingung den Willen in suspenso und macht, für den Erben, ihren Inhalt zur entscheidenden und qualitativen Bestimmtheit des erblasserischen Willens. Sowie aber der Erbe sie als eine in Erfüllung gegangene annimmt, ist sie auch für ihn nicht mehr eine bestimmende Qualität des erblasserischen Willens. Denn gerade durch das Eingetretensein der Bedingung ist jener Wille auch für den Erben jetzt nicht länger ein bedingter, sondern auch für ihn zu einem nunmehr unbedingten geworden. Jetzt, da er die Bedingung als

---

sondern nur eine für die Erwerbung des jenem coheres übertragenen Vermögenstheils. Das Vermögen also erwirbt er, ohne die dafür gestellte Bedingung zu wissen. Dasselbe zeigt sich in der L. 53 (s. oben S. 267, Note 2); denn da der Erbe die bedingte pars auch nach seinem Tode erwirbt, so wird er sie ebenso erwerben müssen, wenn er auch den Inhalt der Bedingung, und daß er überhaupt auch noch für diese pars bedingt eingesetzt war, gar nicht gewußt hat.

eingetroffen annimmt, nimmt auch der Erbe den Willen des Erblassers, ihn zum Erben zu haben, als einen absoluten und entschiedenen an. Oder mit andern Worten: Indem die Bedingung nach der Unterstellung des Erben eintrat, hat sie gerade dadurch aufgehört, eine spannende und bedingende Bestimmtheit des erblasserischen Willens zu sein und ist jetzt nur als das hinter diesem Willen Liegende vorhanden, wodurch sich derselbe vermittelt hat; d. h. sie ist zu einem gleichgültigen Motiv herabgesunken, denn das Motiv ist eben dies, wodurch sich der Wille vermittelt. Die Motive des erblasserischen Willens braucht aber der Erbe nicht zu wissen, denn sie liegen eben hinter dem Willen und seiner Entscheidung, sondern nur seine entscheidende Bestimmtheit.[1] Durch den zweiten Irrthum geräth also die Sache in die Lage, daß sich der Erbe nicht mehr über die qualitative Bestimmtheit des erblasserischen Willens irrt, sondern nur falsche Motive, durch welche er sich vermittelt habe, in diesen hineinträgt. Indem der Erbe jetzt durch die Vermittelung dieses zweiten Irrthums gleichfalls davon innerlich gewiß und durchdrungen ist, daß der Erblasser ihn mit peremtorischer und frageloser, unbedingter Bestimmtheit zum Erben will, ist hierdurch jetzt Gleichheit des Willens vorhanden, wie er im Erblasser, und wie er für den Erben ist, und die Willensidentification beider kann daher statthaben.

Ist dies aber der Fall, so muß dasselbe offenbar auch der Fall sein, wenn die vom Erben irrthümlich angenommene Bedingung eine in eine Willenshandlung desselben gestellte ist, und der Erbe, indem er dieser angeblichen Bedingung nachkam, sich dadurch gleichfalls das Bewußtsein erzeugte, daß der Wille des Erblassers jetzt in unbedingter und absoluter Weise auf die Identität mit ihm gerichtet ist. Und so muß es denn in genauester Bestätigung alles Vorigen heißen[2]: „Sed et si, quum esset *pure* institutus, *putavit* sub conditione, et *impleta* conditione quam injectam putavit, adiit, an possit acquirere hereditatem?

---

[1] Weshalb der Erblasser den Erben zum Erben will, d. h. mit sich identisch setzt, ist natürlich gleichgültig, wobei jedoch die begriffliche Grenze nicht zu übersehen ist, die sub Nr. XXXVI aufgezeigt werden wird. — Die Gleichgültigkeit dessen, wodurch sich der Wille vermittelt, für das Dasein des Willens, spricht sich auch in einer Stelle des Paulus in Bezug auf das Wissen der Willensfähigkeit des Erblassers aus L. 33 eod. tit.: „Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus, quoniam *utroque casu* est jus adeundi et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire." Da der Erblasser hier nach Civilrecht, dort nach der lex Cornelia willensfähig ist, so ist es gleich, durch welche thatsächliche Situation — sein Tod beim Feinde, oder seine Rückkehr — sich das Dasein eines Erbwillens beim Erblasser für das Wissen des Erben vermittelt.

[2] Ulpian, L. 34, §. 1, eod. tit.

Consequens est dicere, *posse* eam adire, *maxime quum haec suspicio nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit.* Facilius quis admittet, si quis *pure* institutus *putavit*, se sub conditione institutum, *conditionemque impletam* quam *in eventum putabat;* nam in nullo haec suspicio obfuit." Diese ungewissen und schwankenden Ausdrücke des Juristen *maxime* quum *haec suspicio* nihil ei *obfuerit*, nec *periculum* attulerit, in denen gleichwol der speculative Begriff innerlich erzittert, ohne ihm zum theoretischen Bewußtsein zu kommen, werden nach dem Vorangeschickten nun vollkommen deutlich sein. Denn was ist das für eine suspicio, von der Ulpian spricht, und die ihm hier nicht schaden soll? Was ist das für ein periculum, welches ihm hier nicht daraus entstehen soll? Es ist der Verdacht gegen sich selbst, wegen der hinzugedachten Bedingung nicht unbedingt identisch mit dem Erblasser zu sein; es ist die Gefahr des Erben, durch dieses Hinzudenken die wahrhafte Willensbeziehung, die der Erblasser zu ihm hat, und die geistige Identität mit demselben in seinem Bewußtsein zu verfehlen. Aber diese Gefahr trifft hier nicht, und dieser Verdacht an der eigenen innern Identität beseitigt sich durch die Annahme des Erfülltseins der Bedingung, resp. durch ihre Erfüllung, indem nunmehr diese Identität auch für den Erben zur innersten Gewißheit geworden ist.

Wenn aber der Erbe, wie wir sagten und nun bereits durch die Aufrollung aller dieser Unterschiede als das begriffliche und unverletzliche Gesetz der Sache nachgewiesen haben, um die in der Adition liegende Willensidentification vornehmen zu können, zuvor die geistige Willensbeziehung wissen muß, die zwischen dem Erblasser und ihm besteht, so wird er, wenn sich der Begriff absolut bewähren soll, nicht nur das zum Willen des Testators Gehörige, sondern auch das seine eigene Willenssubjectivität Betreffende, insoweit dadurch die zwischen ihm und dem Erblasser bestehende Willensbeziehung beeinflußt wird, nothwendig zu wissen haben. Wir zeigten oben, daß der Erbe über seine eigene Condition ungewiß sein kann, indem er nicht zu wissen braucht, ob er filiusfamilias oder sui juris ist. Aber dies ist eine Eigenschaft, die ihn nur für sich allein betrifft und die zwischen dem Erblasser und ihm bestehende Willensbeziehung nicht berührt.

Ob er aber der eigene (in der Gewalt stehende) Sohn, oder der eigene Sklave des Testators selbst, ob er also *necessarius* heres oder voluntarius ist, das muß er wissen, um antreten zu können, weil hierdurch eben das zwischen dem Erblasser und ihm bestehende Willensverhältniß qualificirt wird. Und so sagt uns Ulpian, Schritt für Schritt alle Folgerungen des speculativen Begriffs belegend[1]: „Is qui se

[1] L. 15 eod. tit.

putat necessarium, quum sit voluntarius, non poterit repudiare; nam plus est in opinione, quam in veritate." Und unmittelbar darauf[1]: „Et e contrario qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest."

Und warum kann die Adition des freiwilligen Erben, welcher sich für einen necessarius hält, nicht wirksam sein?

Weil dieser, indem er sich innerlich für einen nothwendigen Erben, für bereits identisch mit dem Erblasser hielt, nicht den entscheidenden innern Willensact vollziehen konnte, sich durch seinen freien Willen zur Identität mit der Willenssubjectivität des Erblassers zu bestimmen. Diese Selbstidentification seiner mit jenem wurzelt beim extraneus nur in der Willensfreiheit, ist lediglich das Product seiner höchsten eigenen Spontaneität, und kann daher ohne das Bewußtsein über das Freiwillige dieses eigenen Setzens gar nicht hervorgebracht werden. Hält er sich für gezwungen, so findet ein Zwang statt, wenn auch nur ein geglaubter, i. e. geistiger, der es aber ebendarum zu einer geistigen Identität aus freier Willensvollbringung nicht mehr kommen läßt. Hält er sich für bereits unmittelbar identisch, so kann er die Identification nicht mehr erst bewerkstelligen wollen. Die Identität ist also gar nicht vollbracht, nicht als unmittelbare; denn so ist sie objectiv nicht vorhanden; nicht als frei durch den Willen vollzogene, denn hierzu fehlt eben die Anstrengung des Willens, sich frei durch eigene freie Entschließung mit einer fremden Willenssubjectivität identisch zu setzen. Die geistige Energie, diese Fremdheit selbständiger Willen gegeneinander aufheben zu wollen, erzittert nicht in dieser Adition, und darum bewirkt sie auch nicht die thatsächliche Aufhebung dieser Fremdheit und die Herstellung dessen, was hergestellt werden soll, sondern läßt nach wie vor Erblasser und Erben als Andere gegeneinander bestehen. Die Adition ist daher hier nur Schein, oder Simulation, nicht die äußere Darlegung der innerlichen Vollziehung der Identification. Ebenso natürlich, wenn der freiwillige Erbe sich für einen nothwendigen hält und nun dennoch repudiirt. Wäre die Erbschaft ein Vermögensrecht und eine Succession in ein solches, so hätte er dasselbe, da er repudiiren kann und repudiirt hat, und ebenso unleugbar hierin gezeigt hat, daß er es repudiiren will, gewiß und ohne allen Zweifel wirksam von sich gewiesen, und man hat sich die Sache sehr leicht gemacht, wenn man bei der bisherigen Auffassung des Erbthums hierüber als ein ganz Selbstredendes fortgeblickt hat. Der bloße Rechtsirrthum über das *jus suum* würde

[1] L. 16 eod. tit.

den Act nicht ungültig machen.[1] Aber es handelt sich hier nicht um Vornahme oder Ausschlagung eines Vermögenserwerbs, sondern um die geistige Identität zwischen Erben und Erblasser. Und da diese der Erbe in seinem Geiste für eine schon unmittelbar und nothwendig gegebene hält, so hat für ihn und in seinem Geiste der äußerliche Repudiationsact auch nicht die Kraft, die geistige Identität aufzuheben. Wie im vorigen Fall die Adition nicht die Kraft hatte, die geistige Identität herzustellen, so hat hier die Repudiation nicht diejenige, sie zu negiren. Denn in dem äußern Negationsact weiß sie der Erbe nichtsdestoweniger als vorhanden. Ja, sie kann und soll diese Kraft nicht einmal haben. Denn was genau genommen durch die Repudiation des voluntarius negirt wird, ist nicht die Identität selbst, sondern die Herstellung der Identität, die ja beim voluntarius noch nicht vorhanden. Die Herstellung der Identität kann aber verneint werden, ohne die Identität selbst zu verneinen, da eine schon seiende nicht mehr erst hergestellt zu werden braucht, und der Erbe also für sich selbst nichts thut als ein acta agere ausschlagen. Somit hat also seine Repudiation auch nicht die Kraft, die Identität zurückzuweisen.

Wie kommt es aber, daß uns hier Ulpian sogar die allgemeine Maxime aufstellen kann „nam plus est in opinione, quam in veritate", während wir anderwärts von Paulus, und zwar wo es sich gleichfalls um Wissen und Irrthum handelte[2], den direct umgekehrten Satz gehört haben: plus est in re, quam in existimatione mentis? Bereits muß sich aber dieser scheinbare Widerspruch in völligen Accord aufgelöst haben. Denn da das Erbthum, wie wir von allen Seiten gesehen haben, nur das rein geistige Verhältniß der Willensidentität, also ein im Geiste stattfindendes Verhältniß ist, so ist hier gerade die *existimatio mentis* die objective Sache, die res selbst, also die Wirklichkeit dieses Verhältnisses gar nicht vorhanden ohne die entsprechende existimatio mentis. Darum muß sich im Erbrecht der Satz des Paulus umkehren, und Ulpian hat also ebenso recht mit seinem Satze fürs Erbthum, als Paulus mit dem seinigen für Wissen und Irrthum im allgemeinen in andern Gebieten.

Wir haben also gesehen, daß der Umfang des Wissens, das zur wirksamen Adition für den Erben erforderlich ist, kein anderer ist als der aus dem speculativen Begriff mit Nothwendigkeit fließende: die Willensbeziehung zu kennen, die zwischen dem Erblasser und ihm besteht, und daß in der That dieses begriffliche Princip es ist, welches, durch die

[1] Vgl. oben Bd. 1, S. 97, Note 1, und speciell im Erbrecht das Rescript des Gordianus, L. 2 C. de ignor. jur. et facti (1, 18).

[2] Siehe oben Bd. 1, S. 98, Note 1.

feinste Mikrologie der Fälle und Unterscheidungen hindurch von den römischen Juristen überall festgehalten, sie bestimmen läßt, was vom Erben gewußt werden muß und was nicht.[1]

[1] Für die Juristen mußte es wegen der Nichterfassung des speculativen Erbthumsbegriffs auch unmöglich sein, eine richtige Definition dessen zu geben, was für die Adition gewußt werden muß. So leidet schon die Definition, die Justinian für den erforderlichen Inhalt dieses Wissens gibt: „dummodo *sciat*, eum ... *testatum intestatumve obiisse* et *se ei heredem esse*" (Inst., §. 7 de her. qual., 2, 19), Schiffbruch, und zwar schon gleich an dem letzten Fall des voluntarius, der sich für einen necessarius hält. Der Erbe weiß hier sowol, daß der Erblasser testatus gestorben, als daß er sein Erbe ist, und doch reicht dies Wissen nicht aus. Wenn aber von den Römern selbst das theoretische Bewußtsein über ihren eigenen Geistesinhalt nicht verlangt werden kann, so konnten die spätern Autoren aus demselben Grunde nicht glücklicher sein. Um Anderer zu geschweigen, so definirt Donellus, der noch bis heute das Erbrecht am scharfsinnigsten von allen Autoren, und auch den hier in Rede stehenden Theil desselben relativ am eingehendsten behandelt hat, mit sichtlicher Bemühung, eine scharfe und umfassende Definition zu geben, diesen Wissensinhalt also, Lib. VII, c. V, p. 295: „Quapropter ita definiemus: *quibus rebus efficitur*, ut nobis *delata sit* hereditas, etsi omnes concurrent, si tamen *de his aut de una aliqua* incertus sit aut dubitet heres, pariter eum hereditatem nec adire posse, nec repudiare." Es soll also erforderlich sein, alle jene Thatsachen zu wissen, durch welche die Delation bewirkt wird. Diese Definition aber zerschellt schon daran, daß es (s. Ulpian, oben S. 269) nicht nöthig ist, als substitutus zu wissen, ob der heres ausgeschlagen, während doch erst durch diese Thatsache die Delation an den substitutus bewirkt wird, und eine frühere eventuelle Adition seinerseits unwirksam wäre. Auch daran zerschellt sie wieder, daß die eingesetzte Frau, wenn sie antritt, wissen muß, daß sie nicht schwanger sei (s. oben S. 264 fg.), obgleich nicht durch ihr Nichtschwangersein die Delation bewirkt wirkt, da sie auch als schwanger antreten kann u. s. w.

Savigny (System, III, 382) definitiv seinerseits: „Ist der berufene Erbe über die Art der Delation (aus letztem Willen oder gesetzlich u. s. w.) im Irrthum, so ist seine ausdrückliche oder stillschweigende Antretung sowol als seine Ausschlagung der Erbschaft ohne Wirkung." Diese Definition zerschellt — was auch noch gegen Donellus gilt — daran, daß die ohne Bedingung deferirte Erbschaft vom Erben für eine bedingte gehalten werden kann, wenn er die Bedingung für eingetroffen annimmt oder erfüllt hat (S. 270 fg.), während er doch durch die Erfüllung der ungewußten Bedingung die bedingte Erbschaft nicht erwirbt (S. 268). (Wollte man also auch, was ohnehin schwerlich zulässig, im Interesse der Savigny'schen Definition behaupten, die Bedingtheit oder Unbedingtheit der Einsetzung ändere, mindestens wenn die Bedingung einmal erfüllt sei, die Art der Delation nicht, so würde die Definition doch wieder an dem zweiten Umstande scheitern, daß der Erbe bei der bedingten Einsetzung trotz, des objectiven Eintreffens oder der zufälligen Erfüllung der Bedingung, ohne das Wissen derselben nicht erwirbt, da er dann etwas nicht zur Art der Delation Gehörendes wissen müßte, um zu erwerben.) Sie zerschellt ferner daran, daß bei der zur Erbin eingesetzten Frau ihre Schwangerschaft oder Nichtschwangerschaft die Art der äußerlichen juristischen Delation nicht ändert u. s. w.

XXXV. Die exceptio doli im Erbrecht.

Aber ebenso müssen aus dem, was schon bisher über die Nothwendigkeit der innern, geistigen Willensidentität zur Wirksamkeit der Aditionen gesagt worden ist, viele der wichtigsten, das Gebiet des Erbrechts betreffenden Fragen und Institute, die bisher unvermeidlich und gänzlich missverstanden werden mußten, ihr hellstes und durchsichtigstes Licht empfangen. Es ist weder möglich noch nöthig, von hier aus auf alle sich daraus erklärende Theile des Erbrechts einzugehen, da die Aufhellung derselben nach unsern gesammten bisherigen Erörterungen für den Denkenden nunmehr von selbst gegeben sein muß. Nur einige Excursionen auf solche Fragen, die noch Schwierigkeiten darzubieten scheinen könnten, mögen hier ihre Stelle finden.

So erklärt sich erst jetzt die Stellung und Bedeutung der doli exceptio im Erbrecht. Ulpian sagt[1]: „Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere, *et ideo heres qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur.*" Savigny sagt hierüber[2]: „Erklärt man den letzten Satz von der Ausschließung der *hereditatis petitio*, so ist unsere Behauptung widerlegt; allein diese Erklärung muß verworfen werden, weil die *doli exceptio* bei einem Dritten, vielleicht ganz unrechtmäßigen Besitzer völlig ohne Grund sein würde. Die Stelle ist vielmehr von einem einzelnen Anspruch des wahren Erben, z. B. gegen einen Erbschaftsschuldner zu erklären u. s. w." In den hervorgehobenen Worten zeigt sich aufs deutlichste das tiefe Missverständniß, das über die doli exceptio im Erbrecht herrscht. Savigny meint also, daß, weil und wenn der dritte Besitzer noch weniger im Rechte wäre als der die hereditatis petitio Anstellende, die doli exceptio gegen diese Klage seitens eines solchen Besitzers völlig grundlos wäre, d. h. er faßt den dolus und die doli exceptio im Erbrecht als das auf, was diese Institute sonst sind, nämlich als auf einem Verhältniß des Klägers zum Verklagten beruhend. Allein dies ist durchaus nicht der Fall! Im Erbrecht beruht der dolus lediglich auf dem Verhältniß des Erben zu seinem Erblasser. Wer die hereditatis petitio anstellt oder sich sonst als Erben gerirt, behauptet sich als den Willensdarsteller des Erblassers und als Willensidentität mit ihm. Und wer nun, indem er dies behauptet[3], einen

[1] L. 4, §. 10, de doli except. (44, 4).

[2] System, III, 378, Note c.

[3] Oder indem er zwar sich nicht selbst als Identität mit dem Erblasser gel-

andern als den erblasserischen Willen zur Ausübung bringen will, begeht dadurch die Lüge und die falsche Vorspiegelung des *dolus*, daß er, diese Identität und diese Fortdauer jener Willenssubjectivität vor sich hertragend, sie innerlich vielmehr verneint, sich als nicht willensidentisch mit ihr bethätigt, und resp. jenen Willen als einen nichtmehrseienden behandelt. Er will also auch nicht einmal — gleichviel selbst, ob er es nach andern Seiten hin ist oder nicht — der identische Willensfortsetzer dieser Willenssubjectivität sein, sondern statt dies zu wollen, will er sie, diese Behauptung blos zu einem Vermögenserwerb misbrauchend, durch Abänderung ihres Willens vielmehr negiren. Diese bethätigte Nichtidentität bei der, somit gegen besseres Wissen, behaupteten Willensidentität mit dem Erblasser, dieser innere Betrug — dies allein ist der erbrechtliche Dolus. Der begriffliche Schwerpunkt der Stelle ruht daher in den Worten: heres qui *non habet voluntatem*. Wie versteht Savigny diese Worte? Offenbar so: qui non habet voluntatem *testatoris*, i. e. der Erbe, der den Willen des Testators nicht für sich hat, ihm diesen oder jenen „einzelnen Anspruch" zu gewähren. (Während vielmehr, wer einmal den Willen des Erblassers für sich hat, Darstellung seines Willens, Erbe zu sein, ihn zu der Berechtigung für dies und jenes Einzelne als Titel für seine Forderung gar nicht mehr braucht, da ihm dasselbe vielmehr nun auf Grund seiner allgemeinen Qualität, Willensdarsteller des Todten zu sein, gehört, wie die Accrescenz und so vieles andere zeigt.) Die Worte heres qui non habet voluntatem sind vielmehr, um wahrhaft verstanden zu werden, zunächst speculativ zu nehmen: der Erbe, der zuvörderst selbst nicht den Willen hat, Willenserhalter des Todten, wahrer Erbe zu sein, da er ja gegen dessen Willen angeht. Und freilich hat er ebendeshalb auch nicht den Willen des Testators für sich, sondern muß ihn sich gegenüber haben; aber nicht im Sinne eines nicht gebenden und gewährenden, sondern eines nicht in ihm vorhandenen Willens ist dies zu nehmen. Man könnte zur größern Deutlichkeit frei übersetzen: „Der Erbe, insoweit er nicht den Willen des Testators in sich hat, wird durch die exc. doli mali zurückgeworfen." Die Stelle des Ulpian geht daher allerdings ebensowol auf die Action der hereditatis petitio seitens eines Solchen, der sich ohne den Willen des Erblassers für den Erben ausgibt, als gegen den einzelnen, den erblasserischen Willen verletzenden Anspruch des wirklichen Erben. Sie umfaßt beides, und beide mal bleibt das Recht des dritten Besitzers und das

---

tend macht, doch den Willen desselben als einen nach dem Tode wirkenden und noch fortexistirenden in Anspruch nimmt, d. h. ein Legat fordert (s. Nr. XIV fg.).

relative Verhältniß beider zueinander ganz aus dem Spiel. Der Actionirende muß von dem dritten Besitzer mit der doli exceptio zurückgeworfen werden können, und wenn dieser letztere, möchten wir sagen, ut latro besäße. Denn einen erbrechtlichen *dolus* begehrt dieser letztere noch immer nicht; er braucht nicht zu behaupten, daß er Erbe sei; er wirft die Action des Erbklägers durch den Nachweis jenes erbrechtlichen Dolus zurück und schützt sich dadurch vorläufig im Factischen seines Besitzes, ohne daß die Beschaffenheit seines Rechts auch nur zur Sprache zu kommen hat. Und wollte jemand dies noch bestreiten, so ist Papinian der Scharfe da, um für uns zu zeugen. Er erklärt, daß die Legatare, die schon bei unförmlichem Widerruf des Legats durch die doli exceptio zurückgeschlagen werden, dies auch in dem Falle werden, wenn der Erbe selbst unförmlich — und deshalb unwirksam — widerrufen wurde[1], und also den factischen Willen des Erblassers, den er

[1] Warum das Legat schon durch unförmlichen Widerruf entkräftet wird, die Erbeinsetzung aber nicht, bedarf nach allen frühern Erörterungen nur kurzer Andeutung. Das Legat ist (s. Nr. XIV) die Willensverfügung über die Sache, ist eine einzelne bestimmte Aeußerung des Willens; die Erbeinsetzung dagegen, die Fortexistenz der allgemeinen Willenssubjectivität selbst. Wie diese Fortexistenz nur durch die Kraft des öffentlichen Rechts und seiner Formen hervorgebracht werden kann, weil der Einzelne nur durch seinen Antheil am öffentlichen Volksgeiste die Fähigkeit dieser Hervorbringung überhaupt hat, so kann die einmal hervorgebrachte auch nur einer von derselben Kraft getragenen ausdrücklichen Aufhebung weichen. Ist also ein Testament vorhanden, so muß, um die Erbeinsetzung zu entkräften, ein zweites von denselben Formen des öffentlichen Rechts getragenes Testament vorhanden sein. Es ist in dieser Hinsicht, wie bei dem suus, der, weil er einmal von selbst Erbe ist, auch durch ausdrückliche exheredatio aufgehoben sein muß, um nicht da zu sein (Nr. XXIV). Oder es zeigt sich hier nur von neuem, was wir häufig hervorgehoben haben (vgl. Nr. X, VIII, XV), daß das Erbthum nicht Product des blos factischen Willens und seines Consenses ist, weil es eben nicht blos Sache und Hervorbringung des bloßen privaten Willens, sondern juris publici ist. Das Legat dagegen, als die blos einzelne, über eine Sache sich erstreckende Willensäußerung, bedarf, als ein über den Tod hinaus existiren sollendes und somit mit jener Willensunsterblichkeit, die nur das Product und die Substanz des Volksgeistes ist, verknüpftes Dasein des Willens, deshalb zwar zu seiner Hervorbringung der Kraft des öffentlichen Rechts und der Solennitäten des Testaments, nicht aber zu seiner Beseitigung. Denn da bei der letztern die Willensäußerung jener metaphysischen Fortexistenz über den Tod hinaus blos nicht theilhaftig werden soll (die Legatsverfügung fällt blos fort, ohne in eine andere überzugehen), so ist auch der Grund nicht mehr vorhanden, jene Kraft des öffentlichen Rechts und seiner Formen anzurufen; zum Nichtfortwirken des Willens über den Tod hinaus wäre der öffentliche Volksgeist, sein Recht und seine Formalitäten nicht erforderlich. Hier zeigt sich also der tiefe, bisher niemals ins Auge gefaßte Unterschied, warum der formlose Wille zur Beseitigung des

gerade in jener Exception gegen die Legatare geltend macht, doch ebenso wenig in sich hat. Und hierauf fährt Papinian ausdrücklich so fort: „Cujus exceptionis vires *ex persona petentis aestimantur* et alioquin *potior est in re pari causa possessoris.*“[1] Bei der bekannten Kürze des Papinian ist in diese Worte alles zusammengedrängt, was wir soeben gesagt haben. Ex persona *petentis* wird die Kraft der doli exc. beurtheilt, d. h. das Recht des Verklagten selbst soll dabei gar nicht in Betracht kommen, obgleich er in dem von Papinian dort gesetzten Falle als, obwol unförmlich, widerrufener Erbe, doch ebenso sehr gegen den factischen Willen des Erblassers handelt, gegen den zu handeln er dem actionirenden Legatar durch die doli exc. gerade vorwirft. Potior est in re pari causa possessoris, d. h. wenn beide nicht den Willen des Erblassers für sich anführen können, so schlägt das Factum des Besitzes als solches durch. Wenn man dies aber gleichwol noch weiter bestritte, so ist die Entscheidung des Julian und Ulpian über einen ebenso feinen wie complicirten Fall da, die aber eben hierdurch auf das schärfste beweist, daß nichts anderes als der von uns entwickelte Begriff den erbrechtlichen dolus constituirt. Einer ist ex uncia zum Erben eingesetzt, aus welcher Einsetzung er 200 erhalten würde. Zugleich hat ihm aber der Testator ein Legat von 100 vermacht. Die Beschwerden der Erbschaft scheuend, zieht er das Legat vor und schlägt aus. Wird er jetzt das Legat fordern können, oder durch die exc. doli abgewiesen werden?[2] „Et ait Julianus, non esse eum summovendum“; aber, fährt er fort: „Quodsi a substituto pretium accepit, vel quod pretii loco haberi posset, *ne adeat* hereditatem, petens legatum, *dolo*, inquit, facere intelligetur ac per hoc doli exceptione repelletur.“ Daß aber in dem ersten Falle Julian und Ulpian sich auch nur die Frage aufwerfen können, ob hier die doli exceptio begründet sei, beweist unwidersprechlich, daß der erbrechtliche

---

Legats ausreichen muß, zu seiner Hervorbringung nicht ausreichen kann. Es kann daher der Gegensatz, der zwischen Legat und Erbthum hierin stattfinden muß, auch so ausgedrückt werden: Bei dem formlosen Widerruf des Legats geht diese Willensverfügung nicht in eine andere über, sondern fällt ganz fort, wie wir soeben schon hervorhoben. Beim Widerruf des Erben dagegen hört nicht die Willensforterxistenz des Erblassers auf, sondern es tritt nur ein anderer Erbe an seine Stelle, der Intestaterbe. Einen Erben widerrufen, heißt daher immer einen Erben hervorbringen und einsetzen, und kann daher nicht durch formlosen factischen Willen geschehen. — Dies ist die Erklärung, die wir Savigny, III, 378, entgegenzusetzen haben.

[1] L. 36, §. 3, de test. mil. (29, 1).

[2] Ulpian, L. 4, §. 11, de dol. exc. (44, 4) „. . . an si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur?“

dolus lediglich in dem aufgezeigten Verhältniß des Erben zum Erblasser besteht. Denn wie würde dem substituirten Erben gegenüber der ausschlagende Erbe bei der Legatforderung auch nur im geringsten in den Verdacht eines dolus kommen können? Offenbar in keiner Weise. Denn diesem gegenüber hat er nur von seinem unzweifelhaften Rechte Gebrauch gemacht, auszuschlagen, und macht von einem ebenso unzweifelhaften Rechte Gebrauch, indem er nun das ihm als Nichterben zustehende Legat fordert. Es wäre also die bloße Frage, ob hier ein dolus vorliege, schlechthin unbegreiflich. Besteht aber der erbrechtliche dolus in dem erörterten Verhalten des Erben zum Erblasser, so kann die Frage allerdings entstehen. Denn indem der Erbe das deferirte Erbthum ausschlug, hat er, soviel an ihm, die Fortdauer des erblasserischen Willens ausgeschlagen und verneint. Wie kann er also diesen Willen, dessen allgemeine Fortexistenz er verneint hat, im Einzelnen als einen für ihn fortexistirenden in Anspruch nehmen, d. h. ein Legat reclamiren? Hier also geräth er allerdings in die Gefahr jenes innern Widerspruchs und jener geistigen Lüge, die wir oben als den Begriff des Erbdolus auseinandergesetzt haben. Es ist aber zu sagen, daß der ausschlagende Erbe dennoch das Legat begehren könne. Denn indem ihm der Testator die Erbschaft übertrug, ihm aber auch einen Substituten gab und ihm ein Legat vermachte, hat er ihm selbst zwei Eigenschaften übertragen — Erbe und Legatar —, die sich nicht nur nicht bedingen, sondern sogar im Gegensatz zueinander stehen (s. VII u. XIV fg.). Der Testator selbst hat ihm also für den Fall seines Ausschlagens des Erbthums das Legat übertragen; er hat ihm selbst die Willensfreiheit eingeräumt, sich nach eigenem Willen für eins von beiden zu entscheiden, und indem er sich also nach seinem eigenen Willen entscheidet, handelt er jedesmal in Uebereinstimmung mit dem Willen des Erblassers, und negirt diesen nicht. Er kann das Legat also fordern, und nun wird aber auch klar sein, warum er es in dem zweiten Fall, wenn er sich von dem substituirten Erben zur Ausschlagung der Erbschaft hat erkaufen lassen, nicht kann. Wo kommt hier der dolus her? Dem substituirten Erben gegenüber könnte von einem solchen keine Rede sein. Denn nichts wäre ein gröberes Misverständniß, als zu glauben, daß Ulpian und Julian unterstellen, es sei in dem von ihnen vorausgesetzten Falle ausdrückliche oder auch nur stillschweigende Willensmeinung zwischen dem substituirten und dem ausschlagenden Erben gewesen, letzterer solle auch das Legat nicht haben, wodurch dann ein gewöhnlicher Dolus des letztern gegen den erstern entstände. Kein Wort des Textes läßt eine solche Voraussetzung zu, und es wäre auch, wenn man dieselbe machte, die Weise, in der Ulpian, sich auf Julian berufend, den dann ganz trivialen und nicht fraglichen Fall behandelt, ganz unmög-

lich. Es ist vielmehr scharf aufzufassen, daß der Substitutus blos gewollt hat, der Erbe solle das Erbthum ausschlagen. Er hat dann sogar selbst nothwendig den Erben als Legatar gewollt, denn er wollte diese Erbschaft aus diesem Testament, also auch mit allen darauf haftenden Legaten erwerben, und der erste Erbe wird eo ipso durch sein Ausschlagen der Erbqualität zum Legatar. Dem Substituten gegenüber, dessen Wille sogar auf seiner Seite steht, kann also von einem dolus des das Erbthum Ausschlagenden gar keine Rede sein. Aber der dolus ist hier zwischen diesem ausschlagenden Erben und dem Erblasser nun wirklich da. Denn diesmal hat der Erbe nicht von jener eigenen Willensfreiheit Gebrauch gemacht, die ihm der Testator selbst einräumte, und durch deren Ausübung er daher in jedem der beiden Fälle in Uebereinstimmung ist mit dem Willen des Testators. Sondern indem er sich von einem dritten Willen erkaufen ließ — dem des Substituts, der in dem geschlossenen Verhältniß zwischen ihm und seinem Erblasser nichts zu thun hat und ein Fremder ist — und von diesem bezahlt die Willenserhaltung des Testators ausschlug, hat er, soviel an ihm ist, die Willensfortdauer desselben überhaupt negirt. Nicht in Congruenz mit dem Testator nach dem ihm von diesem eingeräumten urselbständigen eigenen Wollen hat er sich entschieden und optirt, sondern einen fremden Willen hat er zum Entscheidenden gemacht, ihn zum Richter darüber, ob und wie dieser Wille überhaupt fortexistiren solle. Er hat also, soviel an ihm ist, die Willensfortdauer des Erblassers entschieden negirt. Wegen dieses begrifflichen Verraths ist der dolus da, jener innere Widerspruch gegen die Fortdauer des erblasserischen Willens, aus dem nur ein äußerer Vortheil gezogen werden soll. Da er die Fortdauer dieses Willens, soviel an ihm ist, negirt hat, so kann er nun auch diesen Willen nicht als einen für ihn fortexistirenden, d. h. ihm legirenden, in Anspruch nehmen.

Nur aus dieser Auffassung des bisher so gänzlich misverstandenen erbrechtlichen dolus ist nun auch das Rescript des Kaisers Antoninus erst wahrhaft zu verstehen, dessen Kenntniß wir Gajus, II, §. 120, verdanken, daß dem bonorum possessor *secundum tabulas* stets die exceptio doli gegen die Intestaterben zustehen soll. Es ist nämlich, wie wir dies bei der gesammten historischen Bewegung überall nachgewiesen haben, jeder Schritt derselben in der spätern Zeit nur zu verstehen, wenn gleichmäßig ins Auge gefaßt wird, wie durch denselben der speculative Begriff des alten Civilrechts ebenso aufgegeben, als in diesem Aufgeben noch festgehalten wird. Der durch das mangelhafte Testament begründete bonorum possessor secundum tabulas ist, wie wir gesehen haben (vgl. Nr. V), überhaupt nicht Willenserbe — die fehlerhafte Form nahm dem Willen die nur im öffentlichen Recht liegende

Kraft jener übernatürlichen Continuirung —, sondern er ist nur Vermögensnehmer, und muß daher im ältern Recht jedem civilistischen Willenserben nachstehen, kann sich also nur behaupten, wenn kein Intestaterbe da ist (Gajus, II, 119; Ulpian, Fr. XXIII, 6). Je mehr aber jene oft geschilderte Bewegung sich vollbringt, daß das Erbthum, seinen speculativen Begriff veräußerlichend, sich mit dem Vermögensempfang identificirt, desto mehr muß nun der bonorum possessor den civilistischen Erben schlagen. Allein diese Bewegung vollzieht sich selbst wieder immer unter Anknüpfung und Festhaltung des speculativen civilrechtlichen Erbbegriffs. Denn der bonorum possessor secundum tabulas, der selbst nicht civilistischer Willenserbe ist und dies nicht zu sein braucht, schlägt jetzt den Intestaterben, indem er ihm den Widerspruch vorwirft, daß er gegen den Willen angehe, dessen Fortsetzung zu sein er vorgebe, d. h. Erbdolus begehe. Dieser Vorwurf hat somit sein Fundament und seine Möglichkeit wieder nur durch Recurriren auf den speculativen Erbbegriff, der daher — und dies ist das echt Speculative dieser historischen Bewegung — ebenso sehr in ihr mählich aufgegeben, als immer noch festgehalten wird. — Zugleich ist diese exc. doli gegen den Intestaterben ein entscheidender Beweis für unsere Darstellung des Erbdolus und des speculativen Erbbegriffs überhaupt. Denn ohne diese würde niemals abzusehen sein, und ist deshalb auch noch nie abgesehen worden, warum denn ein gesetzlicher Erbe gerade einen *dolus* begehe, wenn er bei dem Nichtvorhandensein eines gesetzlich-gültigen Testaments das ihm vom Gesetz zugesicherte Vermögen des Todten in Anspruch nimmt; und warum er jetzt plötzlich einen *dolus* begehen soll, nachdem derselbe solange durch das Civilrecht selbst sanctionirt worden. Es ist also dieses bestimmte, dem bonorum possessor gegebene Mittel ohne das Obige gar nicht zu begreifen. — Zugleich zeigt sich hier auch die Richtigkeit unserer Auslegung der Stelle des Ulpian (oben S. 276 fg.) gegen Savigny. Denn dieser Intestaterbe ist ein solcher heres, qui non habet voluntatem, und dessen hereditatis petitio daher durch die exc. doli zurückgeworfen wird.

XXXVI. Einzelne Folgerungen. Die hereditatis petitio. Die persönlichen Rechte. Die Stellung des Irrthums im Gebiet des Erbrechts überhaupt.

Wir haben der hereditatis petitio Erwähnung gethan, und es mag hier blos darauf hingedeutet werden, wie sich erst jetzt die Schwierigkeiten, welche diese Action darbieten mußte, beseitigen. Man hat sie vor-

wiegend für eine dingliche (!!) Action ausgegeben, dann auch wieder, wegen des jus succedendi, für eine persönliche, und endlich für eine gemischte Action. Es muß jetzt auf der Hand liegen, daß sie keins von allen dreien ist. Es ist eine rein übernatürliche Action, eine Action sui generis. Der Richter soll feststellen, daß in der Willenssubjectivität des Klägers diejenige des Todten fortexistirt, daß der Wille von A der Wille von B sei. In dem Sinne ist also die hereditatis petitio eine vindicatio, daß der Erbe auf Grund der stattgehabten Identificirung jene Willenssubjectivität, die aber nichts Dingliches ist, als die seinige vindicirt; nicht aber in dem Sinne, wie man es gerade gewöhnlich[1] versteht, daß er durch die *hereditatis petitio* die Objecte der Erbschaft vindicirt. Denn die hereditatis petitio geht nur auf die Anerkennung jenes geistigen Identitätsverhältnisses. Ist er aber einmal in dieser Identität, ist er als Erbe anerkannt, so gehören ihm diese Objecte jetzt nicht als Erben, d. h. auf Grund dessen als eines besondern Erwerbstitels, sondern — dies muß durchaus unterschieden werden — als ursprünglichem Eigenthümer.[2] Am deutlichsten tritt dieser Unterschied darin heraus, daß die res judicata über die hereditatis petitio dem Kläger nicht blos das Recht über die eingeklagten Objecte, sondern auch über die nicht eingeklagten Objecte des Erblassers gibt und ihn zu ihrer Vindication befähigt.

So wenig stellt das Erbrecht einen Erwerb an den Vermögensobjecten dar, daß, während ein solcher nach Römischem Recht nie ohne den Willen des Erwerbenden möglich ist, auch die ihm vom Erblasser nicht übertragenen Vermögenstheile dem Erben durch Accrescenz sogar wider seinen Willen angehören. Gajus, L. 53, §. 1, eod. tit. (29, 2): „Qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium

---

[1] So sagt z. B. Vangerow, Pandekten, I, 190: Zu den dinglichen Rechten gehöre 1) Eigenthum, 2) Freiheit, 3) Erbrecht, „wobei man sich nur hüten muß, an das jus succedendi zu denken, sondern es ist hier darunter das Recht zu verstehen, welches für jemand nach gemachtem Erbschaftserwerb an dem universum jus defuncti erwächst, und welches mit einer sehr eigenthümlichen dinglichen Klage, der hereditatis petitio, verknüpft ist". Ganz im Gegentheil, gerade das Recht, jemandem Erbe zu sein, also das jus succedendi und das Recht, diese Identität anerkannt zu sehen, wäre die Vindication, die der hered. petit. eigenthümlich ist. „Nach gemachtem Erbschaftserwerb" dagegen liegt nicht mehr Erbrecht als ein drittes und besonderes dingliches Recht, wie in der Vangerow'schen Aufzählung, vor, sondern gewöhnliches Eigenthumsrecht, und als solcher ursprüngliche Eigenthümer besitzt und vindicirt er jetzt alles zum jus defuncti Gehörende.

[2] Inst. §. 7 de her. qual. (2, 19): Veteres enim heredes pro dominis appellabant: vgl. S. 189 und Note 3 daf.

partes etiam *invitus* excipit, id est, tacite ei deficientium partes etiam *invito accrescunt*." Da er eben der ursprüngliche Eigenthümer ist, so kann er es nicht einmal durch seinen Willen ändern, daß ihm sein Eigenthum gehört, nur entäußern kann er sich, wie jeder Eigenthümer, desselben.

Wir sagen also, steht jene Identität der Willenssubjectivität fest, so ergibt sich dann hieraus als Folge — aber nur als solche — die angebliche successio in universum jus defuncti; aber zugleich ergibt sich hier auch der bestimmte Umfang der Rechte, die vererbt werden können, da, trotz des geläufigen Ausdrucks: successio in omne oder in universum jus defuncti alle Rechte doch nicht vererbt werden können, die persönlichen Rechte nämlich nicht, diejenigen, quibus personae conditio locum facit (s. Bd. 1, S. 425, u. oben S. 10 fg.). Es muß aber jetzt auch klar sein, warum. Denn da nicht die natürliche Person, sondern nur der subjective Wille durch die Erbthumsunsterblichkeit perpetuirt wird und werden soll, so können nur solche Rechte auf den Erben übergehen, welche Gegenstand der Willensherrschaft des Erblassers und ihr unterworfen waren, nicht aber solche Befugnisse, welche nur aus Qualitäten des Erblassers herfließen, d. h. die rein persönlichen Rechte und Fähigkeiten, die deshalb auch während seiner Lebenszeit nicht von ihm übertragen werden konnten und also, obgleich seiner Person anklebend, nicht Objecte seines subjectiven Willens waren. Weil aber das Erbthum selbst wieder ein persönliches Verhältniß des Erben zum Erblasser darstellt, so folgt beiläufig daraus, daß es in demselben wieder Rechte geben muß, die nur der Person des Erben inhärent, aber nicht ein seiner Willensherrschaft unterworfenes Object sind. Ein solches Recht ist z. B. das Recht des Erben, in dem sepulcrum hereditarium des Erblassers begraben zu werden, während er auf andere Personen dies Recht nicht übertragen kann.[1]

Ebenso ergibt sich jetzt, und hat sich von selbst lange ergeben, der wahre Sinn der Persönlichkeit der hereditas jacens (s. oben S. 15 fg.); denn es ist überhaupt ja nicht das Vermögen, welches der Inhalt des Erbthums ist, sondern es ist die Willenssubjectivität des Todten, welche durch es erhalten, gegen jeden Untergang gewahrt sein soll. Darum existirt sie unmittelbar nach dem Tode weiter fort in dem erst

[1] Sondern nur provisorisch hineinstellen kann er sie lassen; siehe L. 6 de relig. (11, 7) und Gutherius, De jure manium, lib. III, c. 10, p. 434 (ed. Par. 1615). — Das jus adeundi (s. Bd. 1, S. 423 fg.) würde hier nicht angeführt werden können, da der Eingesetzte, solange er nicht Adition geleistet, auch noch nicht Erbe ist.

später sich offenbarenden Erben, manifestirt sich eben nur später als dieser, wohnt ihm bereits von jetzt an ein, schwebt in idealer Unsichtbarkeit über dem ihrer Willensherrschaft unmittelbar unterworfenen Theile der Außenwelt, dem Vermögen, und kann um dieser ihrer noch unsichtbaren Fortexistenz willen Vermögenserwerbungen und Willenshandlungen ausüben.

Aber nicht das ganz Selbstredende und keine Schwierigkeiten mehr Bietende hier weiter vorzutragen, ist der Zweck dieser Excursionen, sondern die ausnahmslose Herrschaft des Begriffs in solchen Punkten nachzuweisen, wo noch scheinbare Zweifel entstehen und Abweichungen vorzuliegen scheinen könnten.

Wir gehen daher jetzt dazu über, mit Bezug auf das, was wir bei Gelegenheit der Adition über das geistige Wissen entwickelt haben, die Stellung nachzuweisen, welche der Irrthum im Erbrecht überhaupt einnimmt.

Savigny sagt in seiner Abhandlung über „Irrthum und Unwissenheit“[1]: „Fassen wir alle diese Bestimmungen zusammen, so müssen wir allerdings bei erbschaftlichen Handlungen dem Irrthum einen größern Einfluß zuschreiben, als bei Geschäften des gewöhnlichen Verkehrs. Allein es ist doch nur eine etwas größere Zahl einzelner Fälle, worin der Irrthum ausnahmsweise wirkt. Und so erscheint auch hier das allgemeine Princip festgehalten und bestätigt, daß der Irrthum an sich das Dasein des freien Willens nicht ausschließt, also auch den Wirkungen desselben im allgemeinen nicht im Wege steht.“

Es muß von selbst das Mißliche ins Auge fallen, eine etwas größere Zahl einzelner und ausnahmsweiser Fälle, in welchen im Erbrecht der Irrthum wirken soll, anzunehmen, ohne auch nur den Versuch zu machen, irgendein gemeinschaftliches Princip aufzustellen, aus welchem diese Ausnahmen im Erbrechte in innerer Uebereinstimmung herflössen. Allein theils war dies nicht möglich, solange der Begriff des Erbthums nicht erkannt wurde, theils rächt sich darin an Savigny nothwendig die von ihm dem Irrthum überhaupt gegebene und früher von uns widerlegte Behandlung (s. Bd. 1, §. 2, B.). In strenger Uebereinstimmung mit dem dort von uns Nachgewiesenen haben wir daher dieser Ansicht Savigny's nach zwei entgegengesetzten Seiten hin gegenüberzutreten. Einmal der Behauptung, daß der Irrthum das Dasein des freien Willens nicht ausschließe, denn der Irrthum im Willensinhalt schließt denselben allerdings aus. Zweitens dem Schein, als ob der Irrthum im

[1] System, Bd. 3, Beilage VIII, S. 384.

Erbrecht von den römischen Juristen eine irgend andere und verschiedene Behandlung erfahre, als in andern Rechtsgebieten. Wir werden vielmehr sehen, daß das hier Geltende nur die genaue und consequente Folge der Anwendung *desselben* in §. 2, B. des ersten Bandes von uns entwickelten *Princips* über Wille und Irrthum auf den *Erbthumsbegriff* ist, welches auch in den andern Rechtsgebieten als das herrschende von uns nachgewiesen wurde, und daß also der Wirkung des Irrthums im Erbrecht durchaus *kein* ausnahmsweiser Charakter zukommt.

Wir haben aber bereits in dreifacher Weise die Savigny'sche Lehre über den Irrthum im Erbrecht widerlegt und die wahrhafte Stellung, welche Irrthum und Unwissenheit auch in diesem Gebiete einnehmen, nachgewiesen.

Der eine Nachweis liegt in unsern gesammten Ausführungen über die doli exceptio (Nr. XXXV), speciell über den Schlußsatz der L. 4, §. 10 h. t.: „. . . et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur." Savigny selbst gesteht[1]: „Erklärt man diesen Satz von einer Ausschließung der hereditatis petitio, so ist *unsere Behauptung* — die Behauptung, daß «der Erbeinsetzung in der Regel ein bloßer Irrthum im Beweggrund *nicht* schadet» — *widerlegt*; allein diese Erklärung muß verworfen werden, weil die doli exceptio bei einem dritten, vielleicht ganz unrechtmäßigen Besitzer, völlig ohne Grund sein würde."

Wir haben aber diesen Einwurf durch die Entwickelung des Wesens der exc. doli im Erbrecht völlig widerlegt und gezeigt, wie jene Stelle allerdings ebenso sehr und vorzüglich auf die Ausschließung der hereditatis petitio selbst bezogen werden muß, als auf einen einzelnen Anspruch des Erben, und können daher von dem Eingeständniß Savigny's Act ergreifen.

Eine zweite fundamentale Widerlegung war folgende: Savigny stützt (a. a. O.) seine Behauptung, daß der Erbeinsetzung „in der Regel ein bloßer Irrthum im Beweggrund nicht schadet", überhaupt auf kein anderes Fundament als darauf, daß, abweichend von den Legaten, die Erbeinsetzung durch einen unförmlichen Widerruf nicht entkräftet werde, aus welchem Princip nach Savigny die Gleichgültigkeit des Irrthums im Beweggrund bei der Erbeinsetzung „klar hervorgeht".

Nun stellt aber *weder* beim Legat *noch* bei der Erbeinsetzung der Widerruf einen *Irrthum* im Beweggrund des Willens, sondern nur eine spätere *Aenderung* des Willens dar.

---

[1] System, III, 378, Note c.

Weder in dem einen noch in dem andern Fall ist nothwendig oder durch den Widerruf allein ersichtlich, daß der Willensact beim Legat oder der Erbeinsetzung ursprünglich durch einen irrigen Beweggrund vermittelt war, sondern der damals vollkommen mit sich übereinstimmende Wille hat nur einem andern Willen Platz gemacht.

Nun haben wir in systematischer Weise gezeigt (S. 278, Note 1), warum vermöge der nothwendigen Consequenz des speculativen Begriffs der formlose Widerruf die Erbeinsetzung nicht entkräften kann und das Legat entkräften muß. Denn einen eingesetzten Erben widerrufen, heißt immer einen andern Erben, und sei es auch nur durch bloßen Widerruf, den Intestaterben selbst, einsetzen. Die Einsetzung des Willenserhalters, die Zustandebringung der perpetuellen Willensfortexistenz, hatte aber als dieser supranaturalistische Act ihre sie zu Stande bringende, producirende Kraft durchaus nicht in dem bloßen dazu ganz unfähigen Privatwillen, sondern in dem Wesen dieses historischen Volksgeistes, und somit ausschließlich in den Formen des öffentlichen Rechts (s. Nr. X, VIII, XV). Das Römische Recht, weil es niemals gänzlich den Zusammenhang mit dem speculativen Begriff seines ursprünglichen jus civile verliert, kann daher niemals, und selbst nicht in seiner letzten justinianeischen Verkümmerung dazu gelangen, durch den bloßen formlosen Privatwillen eine Erbeinsetzung bewirken zu lassen.[1] Um wieviel dünner und verblaßter im Laufe der geschichtlichen Entwickelung die Formen werden, welche zur Erbeinsetzung erforderlich sind, wie sehr auch der Begriff jedes lebendige Dasein verliert, und sein schattenhafter Charakter sich ebenso in den zu Schatten ihrer frühern Körperlichkeit heruntergesunkenen Formen, wie in den von uns überall nachgewiesenen inhaltlichen Evolutionen kundgibt, — die Form bleibt immer erforderlich, bleibt, wie vermöge einer gewissen ahnenden Erinnerung des entschwundenen ursprünglichen Begriffs das productive, den Privatwillen zu dieser erstaunlichen metaphysischen Leistung befähigende Element. Und nie kann darum der Widerruf des Erben, der selbst eine Erbeinsetzung darstellt, formlos Wirksamkeit haben.

Bei dem Legat aber producirt der Widerruf kein neues, anderes Legat, d. h. keine neue, nach dem Tode wirkende Aeußerung des Willens. Nur verzichtet wird auf eine solche. Um aber nach dem Tode eine Willensverfügung nicht vorzunehmen, um einen Willensact nach dem Tode nicht stattfinden zu lassen, dazu braucht der Privatwille keine productive Kraft aus dem Wesen des öffentlichen Geistes zu schöpfen; dies ist vielmehr das natürliche und an und für sich vorhandene Verhältniß,

[1] Vgl. L. 29 C. de testam. et quemadm. (6, 23); Inst. de test. ord. (2, 10).

und dazu ist daher auch der Privatwille — und deshalb auch jeder formlose Wille — vollkommen sich selbst genug.

Bei dem Legat muß daher entstehen, was vollständigster Widerspruch für den Verstand, vollständigste Harmonie für den Begriff ist, daß es nur formell verliehen und formlos widerrufen werden kann.

Freilich war es nicht möglich, diesen Nachweis zu führen, ohne daß die productive Kraft der Form und, was hierzu wieder erforderlich, der speculative Erbthumsbegriff überhaupt erkannt war. Aber nachdem er nun einmal geführt ist, ist das ganze und einzige und von ihm selbst als solches eingestandene Fundament für die Ansicht Savigny's über die Einflußlosigkeit des Irrthums im Beweggrund bei der Erbeinsetzung vollständig beseitigt.

Ein dritter und systematischer Beweis über die Stellung des Irrthums im Gebiete des Erbrechts ist aber durch alles das geliefert, was wir[1] über das zur Adition erforderliche Wissen bereits nachgewiesen haben.

Es kann unsere Absicht nicht sein, das dort Entwickelte hier zu wiederholen. Sieht man aber auf dasselbe zurück und betrachtet es jetzt unter dem Gesichtspunkt, inwiefern der bloße Irrthum im Beweggrund die Adition nichtig macht oder nicht, so ergibt sich als Resultat, daß auch jeder Irrthum im Beweggrund die Handlung der Adition dann wirkungslos macht, wenn der irrige Beweggrund den ganzen Inhalt des Willens deckt und erschöpft, sodaß sich also auch hier genau die Theorie bestätigt, welche wir in Bd. 1, S. 85—95, über die Einwirkung des irrigen Beweggrundes nachgewiesen haben, und schon in der Darstellung der Additionsmaterie haben wir diese Uebereinstimmung häufig deutlich genug hindurchleuchten lassen.

Trete ich die Erbschaft an, weil ich sie irrigerweise für größer halte als sie ist, so ist das ein bloßer Irrthum im Beweggrund.[2] Ich hätte ebenso gut trotz dessen und aus vielen andern Gründen antreten können. Es ist nur eine *causa remota* des Willens, aus welcher ich mich zu dem Willen der Willensidentität mit dem Todten bestimmt habe; zu dieser habe ich mich bestimmt, und so ist jener hinter dem Willen liegende Beweggrund (vgl. S. 271 und Note 1 daf.) gänzlich einflußlos.

---

[1] Siehe Nr. XXXIV.

[2] Es ist mit andern Worten ein gänzlich außerhalb des Substantiellen, Begrifflichen des Verhältnisses liegender Irrthum. Savigny (System, III, 383) sagt: „Insbesondere kann dem Erben nicht zugute kommen der vorzüglich wichtige Irrthum über den reinen Werth des erbschaftlichen Vermögens.“ Dieser für den Verstand „vorzüglich wichtige“ Irrthum ist für den Begriff des römischen Erbthums und daher auch für das römische Erbrecht selbst das Allergleichgültigste und Unwichtigste, was es gibt.

Trete ich aber die Erbschaft an, weil ich sie für eine mir testamentarisch deferirte halte, während sie eine mir ab intestato deferirte ist, oder weil ich mich für einen necessarius heres halte, während ich ein voluntarius bin u. s. w., so kann dieser Irrthum, wie schon in dieser Form der Sätze heraustritt, zwar ebenso gut als ein Irrthum im Beweggrund dargestellt werden; denn es waren Thatsachen, über die ich mich im Irrthum befand und die auf meine Antretung der Erbschaft einwirkten oder einwirken konnten. Hier aber muß der Irrthum im Beweggrund die Handlung unwirksam machen, und zwar deshalb, weil er zum Unterschied von den einzelnen oder verständigen Motiven das erschöpfende oder begriffliche Motiv derselben ist, Beweggrund und Willensinhalt hier also in dem Verhältniß zueinander stehen, sich zu decken. Der begriffliche Inhalt der Aditionshandlung ist dies: die Willensidentität mit dem Erblasser zu setzen. Dies ist aber zugleich das determinirende, begriffliche Motiv der Erbschaftsantretung. Ich trete an, weil ich innerlich meine Willenssubjectivität für eine mit ihm identische betrachte. Irre ich mich hierin, halte ich mich für einen gezwungenen Willenscontinuator (necessarius), während ich ein freiwilliger bin, halte ich mich für durch eine ausdrücklich durch den ausschließenden Willen des Erblassers übertragene Willensfortsetzung geehrt (Testamentserbschaft), während ich nur ein subsidiarischer, d. h. Intestaterbe bin[1], so macht dieser Irrthum über Dasein und Beschaffenheit des zwischen uns stattfindenden Willensverhältnisses, obwol es gleichfalls ein Irrthum im Beweggrund ist, dem meine Handlung entspringt, dieselbe nichtig.

Wenn ich mich also über die zwischen uns stattfindende Willensbeziehung irre, die mich zur Antretung vermocht hat, so ist, trotzdem der Verstand diesem Irrthum sehr gut die Stellung eines Motivs geben kann, die Handlung ungültig, weil dieser begriffliche Beweggrund ein den Willensinhalt der Handlung selbst erschöpfender ist, oder Motiv und Inhalt des Willens hier zusammenfallen und sich decken.

Seitens des Erben wäre also bereits die von uns im ersten Bande entwickelte Theorie über das quantitative Verhältniß des Beweggrundes zum Willensinhalt und über die hieraus folgende, Willen und Handlung aufhebende Einwirkung des irrigen Beweggrundes, wenn er ein den ganzen Willen erschöpfender war, durch den in der Abhandlung über das „speculative Wissen" erörterten Stoff durchaus bestätigt.

Alles, was daher hier noch übrig bleibt, ist, dasselbe auch seitens des Erblassers nachzuweisen.

Wir zeigten oben[2], daß es als eine hinter dem Willen und seiner

[1] Vgl. Nr. XL über die L. 17 de acqu. vel om. her. (29, 2).

[2] S. 271, Anm. 1.

Entscheidung liegende Vermittelung ganz gleichgültig sei, warum der Erblasser den Erben zum Erben will, d. h. ihn als Willensidentität mit sich setzt. Da das Motiv dazu gleichgültig, so ist es natürlich ebenso sehr der Irrthum im Motiv. Allein, wenn es gleichgültig ist, wenn sich der Erblasser in dem Beweggrunde irrt, warum er den Erben als eine mit ihm identische Willenssubjectivität annimmt, so wird es dagegen durchaus nicht gleichgültig sein, wenn er sich darin irrt, daß er ihn für eine mit ihm identische Willenssubjectivität annimmt, d. h. also: ihn fälschlich für einen suus hält.

In der That, wer den suus einsetzt, hat ihm dadurch nicht erst die Willensidentität mit sich übertragen, ihn zu einer solchen gemacht, sondern er hat ihn nur als bereits bestehende Willensidentität anerkannt. Er erklärt ihn nur zur Willensidentität, weil er ihn bereits für seiende Willensidentität mit sich hält. Beweggrund und Handlung sind hier von absoluter Identität miteinander, von solcher Identität, daß sie nicht einmal etwas Neues gegeneinander bewirken. Die Handlung der Erbeinsetzung liefert kein Product, das nicht auch schon nach dem bloßen Beweggrund, der vermeintlichen Suität, ohnehin der Fall gewesen wäre. Es ist also in der Handlung gar nichts vorhanden, was nicht auch schon in dem Beweggrund vorhanden wäre. Irrt sich der Erblasser also hier über den Beweggrund, irrt er sich in dem Punkte, daß der als identische Willenssubjectivität Erklärte auch wirklich eine solche mit ihm sei, irrt er sich — um dies in derselben Form wie früher beim Irrthum des Erben auszusprechen — in der zwischen seiner und des Erben Willenssubjectivität aufeinander bestehenden Beziehung, indem er sie für bereits vorhandene Identität hält, so muß dieser erschöpfende Irrthum im Motiv der Erbeinsetzung, der Irrthum über das begriffliche Verhältniß, die Einsetzung ungültig machen. Und so erklären denn die Pandekten selbst, daß, wenn einer ut filius zum Erben eingesetzt sei, hinterher aber für ein untergeschobenes Kind erklärt werde, die Einsetzung ungültig sei[1]: „Aufertur ei quasi indigno successio, qui, quum heres institutus esset *ut filius*, post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est.“[2]

Sofort aber zeigt sich auch das Umgekehrte: die Enterbung des suus muß ungültig sein, wenn sie nur deshalb eintrat, weil ihn der Erblasser irrig für untergeschoben hielt, oder wenn sie inter ceteros

[1] Hermogen., L. 46 de jur. fisc. (49, 14).

[2] Vgl. L. 4 C. de her. inst. (6, 24): „Si pater tuus eum *quasi filium suum* heredem instituit, quem falsa opinione ductus *suum* esse credebat, *non instituturus*, si alienum nosset, isque postea subditius esse ostensus est, auferendam ei successionem Divi Severi et Antonini placitis continetur.“

eintrat, weil ihn der Erblasser für todt hielt. Der Grund ist ganz derselbe. Der Testator schloß die Willensidentität mit dem suus nur aus, weil er sie für bereits thatsächlich nicht bestehend hielt. Beweggrund und Inhalt des Willens decken sich daher wieder genau und erschöpfend. Das Motiv ist hier nicht eine bloße hinter dem Willen liegende, nur vor dem Entschließen wirkende Vermittelung; es ist der im Willen selbst vorhandene und ihn gänzlich ausfüllende Inhalt. Die Exheredationsformel des Testators, der sich so über das Verhältniß seiner Willenssubjectivität zu der seines schon bestehenden Erben irrte und ausgesprochenermaßen ihn deshalb exheredirte, muß also kraftlos sein. Vermöge der Bd. 1, S. 84—95, entwickelten, zwischen Irrthum im Beweggrund und Irrthum im Object (error substantialis, mangelnder Wille) stattfindenden Dialektik läßt sich wieder dieser Irrthum im Beweggrund auch ebenso gut als ein Irrthum im Object, in der Person (mangelnder Wille) aussprechen. Der Testator wollte den alienus ausschließen, und hat den suus ausgeschlossen. Er wollte den Nichtidentischen nicht identisch sein lassen. Er hat den Identischen als nichtidentisch gesetzt. Ebenso natürlich, wenn er den todt geglaubten suus durch die Formel inter ceteros enterbte. Er wollte ihn nicht enterben, und hat ihn enterbt.

Beide Fälle stehen auf Einer Linie. Denn in beiden Fällen wird die ausgeschlossene Identität mit dem suus nur deshalb für ausgeschlossen erklärt, weil sie für schon nicht bestehend erachtet wird, dort durch die vermeintliche Unterschiebung, hier durch den Tod.

In beiden Fällen müssen uns daher die Pandektenjuristen bekunden, daß die Enterbung machtlos sei, und zwar nicht infolge irgendeiner Billigkeit, sondern als strenges Rechtsprincip. So zunächst Africanus, der auch den Fall durchaus wie den eines Irrthums im Beweggrund behandelt[1]: „Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto*, hanc exheredationem ita *nullius momenti* esse ait, si probetur ex eo natus; non enim videri *quasi filium* exheredatum esse, quum elogium pater, quum filium exheredaret, proposuisset et adjecisset, *propter eam causam* exheredare, probaturque patrem circa *causam* exheredationis *errasse*." Ebenso Ulpian[2] und Paulus.[3]

Auf diese Fälle wird sich aber in Gemäßheit des speculativen Begriffs die Einwirkung des Irrthums im Beweggrund bei der Erb-

[1] L. 14, §. 2, de lib. et post. (28, 2).

[2] L. 15 eod. tit.

[3] L. 25 eod. tit. Man vergl. die Erzählung bei Valerius Maximus, lib. VII, c. 7, p. 87 ed. Argent., von dem für todtgehaltenen Sohn.

einsetzung beschränken müssen. Die Einwirkung, sagen wir, wird sich auf diese Fälle beschränken müssen. Denn überall, wo ein extraneus zum Erben eingesetzt wird, ist und kann ja die Willensidentität vor der Einsetzung nicht vorhanden sein, sondern soll erst durch diese hervorgebracht werden. Der begriffliche Inhalt der Erbeinsetzung oder der begriffliche Grund zu derselben, die Willensidentität mit diesem Subject, und der Grund, warum ich mich dazu entschließe, dieses Subject als Willensidentität mit mir zu setzen, bestimmen sich also als begrifflich andere und getrennte gegeneinander. Oder der Grund wird hier zur hinter dem Entschluß zur Willensidentität mit diesem Subject liegenden Vermittelung, und bleibt also so gleichgültig, wie wir dies schon oben S. 271, Note 1, gezeigt haben. Nur beim suus kann der Irrthum einwirken, da, wenn hier in Bezug auf die zu ihm bestehende Willensbeziehung geirrt wird, im begrifflichen Erbthumsverhältniß selbst geirrt wird, in einem Punkt, der sich für den Verstand zwar als Beweggrund für die Erbeinsetzung, resp. Enterbung darstellt, für den Begriff aber mit dem begrifflichen Inhalt des Willens schlechthin identisch ist; ein Irrthum, der nicht das Warum (causa remota) der Willensidentität, dieses begrifflichen, allein erschöpfenden Motivs der Einsetzung, sondern das Dasein, resp. Nichtdasein der Willenssubjectivität betrifft. Es muß daher auch beim suus jeder andere irrige Grund, weshalb der Vater ihn enterbt (z. B. vermeintlicher Ungehorsam u. s. w.), gleichgültig bleiben, ebenso gleichgültig, wie der Grund zur Einsetzung des extraneus; nur der Irrthum über die fälschlich angenommene oder nicht angenommene Suität selbst, über das Dasein der stattfindenden Willensbeziehung ist jenes erschöpfende, mit dem Inhalt des Willens selbst identische, weil begriffliche Motiv, und darum von Einfluß.

Die Pandekten bestätigen daher unsere Theorie über den Irrthum im Beweggrund ebenso sehr wie unsere Theorie über das Erbthum, und zwar noch glänzender als durch das Setzen jener Einwirkungsfälle, auch dadurch, daß sie in keinem andern Falle den Irrthum im Beweggrund auf die Erbeinsetzung von Einfluß sein lassen.

Ein Fall aber muß noch entstehen, wo die Dialektik des Begriffs in voller Gegensätzlichkeit aufeinanderplatzt und eine nicht geringe Schwierigkeit der Entscheidung erzeugen kann.

Wie nämlich, wenn die Erbeinsetzung eines extraneus ersichtlich durch irrige Annahme bewirkt wurde, daß ein früher eingesetzter extraneus oder ein gewöhnlicher Intestaterbe (d. h. nicht suus) verstorben sei?

Die Dialektik, die sich hier erhebt, ist folgende:

Ich bin, sagt der zuletzt eingesetzte Erbe, zum identischen Willenserhalter eingesetzt. Das Warum, aus welchem sich der Erblasser dazu

entschloß, Willensidentität gerade mit mir sein zu wollen, ist sehr gleichgültig. Es ist dies nur eine Vermittelung dieses Willensentschlusses und Willensinhalts, und daher ein hinter dem Willen und seinem Inhalt liegender, verschwundener Grund, der nicht, wie bei der Exheredation des irrthümlich für unecht gehaltenen suus, den präsenten Willensinhalt der Handlung selbst bildet. Das begriffliche, erschöpfende Motiv der erblasserischen Handlung und deren Willensinhalt sind vollständig in Uebereinstimmung. Er setzte mich ein zum Willensfortsetzer — und dies ist der Willensinhalt seiner Handlung —, weil er in mir eine ihm adäquate Willensidentität erblickte — und dies ist das erschöpfende oder begriffliche Motiv jener Handlung —, und nur der einzelne Grund wieder, warum er dieselbe gerade in mir zu sehen sich entschloß, war jenes irrthümliche Todtglauben des frühern Erben. War dies auch, was ich zugebe, factisch der einzige Grund seines neuen Willens, so ist dies doch nur zufällig der Fall; es war nicht der erschöpfende Beweggrund dieser Kategorie von Willenshandlung (Erbeinsetzung), denn dieselbe kann ebenso gut, wie durch diesen Irrthum, durch tausend andere mögliche Gründe vermittelt werden. Der Wille selbst aber ist dieser Act, alle blos zufälligen Vermittelungen, aus denen er sich factisch bildet, aufzuheben in den Inhalt seines Entschlusses und also hinter sich in Staub und Vergangenheit sinken zu lassen.

Nein, sagt der früher eingesetzte Erbe, es kommt hier nur zum Vorschein, daß (s. oben Nr. XIII) es in der Natur des subjectiven Willens selbst liegt, immer durch eine Wirklichkeit, weil er in ihr seine Voraussetzung hat, bedingt zu sein, auch wenn er diese Bedingung nicht ausdrücklich setzt. Mein Tod war nicht ein zufälliges Motiv, er war die einzige Voraussetzung und Bedingung, unter welcher sich der Erblasser zur Willensidentität mit dir entschloß, welche er vor allem in mir zu haben wußte. Du bist und bleibst also, wenn du auch im Testament nicht so hingestellt bist, der Sache nach immer nur ein bedingter, ein an die Bedingung und Voraussetzung meines Nichtseins gebundener Erbe. — Ueberdies, da ich einmal eingesetzter Erbe war, so muß ich, um nicht Erbe zu sein, als Erbe aufgehoben sein, sonst bin ich es noch, gleichwie der suus exheredirt werden muß. In diesem Act des Aufhebens aber — dem neuen Testament, zu dem sich der Testator allerdings entschloß — fällt der Inhalt des Willens mit dem Beweggrund desselben ganz ebenso identisch und sich deckend zusammen, wie bei der Exheredation des fälschlich für unecht oder todt gehaltenen suus. Denn der Testator hob das frühere Testament, hob mich als Erben nur auf, weil er mich schon für aufgehoben hielt. Bei diesem Act hat also, weil hier der Beweggrund des Willens den ganzen Willensinhalt der

Handlung deckte und erschöpfte, der Irrthum in diesem erschöpfenden Beweggrund die Wirksamkeit des Aufhebens verhindert, wie bei der Exheredation des suus, und folglich bin ich gar nicht wirksam aufgehobener Erbe, und bin weiter Erbe.

Behüte! replicirt der zuletzt Eingesetzte. Es ist wahr, daß Grund und Bedingung viel miteinander gemeinsam haben, aber sie unterscheiden sich dadurch, daß der Grund die bereits eingetretene Bedingung und die Bedingung der in die Zukunft gesetzte Grund ist. Mit dem Eingetretensein verliert die Bedingung ihre Spannung und Hemmung und sinkt zur gleichgültigen Vergangenheit des Grundes zusammen, worüber du schon oben bei den captatorischen Einsetzungen nachlesen kannst, und weiter bei der Lehre von den Bedingungen (Nr. XIII).[1] Wenn also auch der Testator dich und deinen Tod in dem Testament ausdrücklich als den Grund meiner Einsetzung setzte, so hat er dich doch nicht als ein Spannendes und Zukünftiges, sondern gerade als ein solches zur Gleichgültigkeit Zusammengesunkenes und Vergangenes gesetzt, und du kannst daher keinesfalls mehr darankommen. — Auch deine Parallele mit der Exheredation des suus trifft nicht zu. Als der Erblasser den suus exheredirte, befand er sich im Irrthum über das zwischen ihnen beiden bestehende Verhältniß der Willenssubjectivität zueinander. Dieser Irrthum im begrifflichen Verhältniß, dieser Irrthum in dem mit dem Willensinhalt der Exheredationshandlung identischen und ihn erschöpfenden Beweggrund, machte die Exheredation unwirksam. Blieb der suus aber nicht exheredirt, so war als bloße Folge hiervon der eingesetzte Erbe nicht gültig eingesetzt. Anders bei uns. Als der Erblasser mich zum Erben einsetzte, irrte er sich nicht in mir, nicht in dem zwischen ihm und mir bestehenden Willensverhältniß, sondern nur über eine ganz außerhalb desselben gelegene Thatsache, über deinen Tod. Da der Irrthum nicht das speculative Willensverhältniß zwischen uns betraf, welches der Erblasser vielmehr als das zweier noch formell anderer, erst zu identificirender Willenssubjectivitäten zueinander kannte, so ist der Irrthum im Beweggrund hier ein Irrthum im zufälligen und darum gleichgültigen Motiv, nicht ein Irrthum im begrifflichen und darum den Willensinhalt deckenden Motiv der Handlung. Oder da der Irrthum nur einen außerhalb seines Willensverhältnisses zu mir liegenden Beweggrund betraf, so lag dieser eben überhaupt — außerhalb desselben, und kann also um so weniger Anspruch darauf erheben, sogar der seinen Willensinhalt erschöpfende Beweggrund zu sein, der vielmehr einzig und allein in dem Verhältniß der beiden Willenssubjectivitäten zu-

[1] Vgl. auch z. B. L. 17, §. 2, 3 de condit. (35, 1); §. 31 Inst. de legat. (2, 20).

einander liegt. Meine Einsetzung an und für sich ist also durch keinen solchen Irrthum unwirksam. Du aber könntest erst darankommen als Folge davon, daß meine Einsetzung ungültig oder wieder aufgehoben wäre, während umgekehrt der gegen den exheredirten suus eingesetzte Erbe nur Erbe sein kann infolge davon, daß der suus gültig exheredirt ist. Du aber hast eben im Unterschiede vom suus keine besondere Exheredation zu fordern, und bist daher mit meiner an und für sich gültigen Einsetzung auch gültig aufgehoben.

Es kann nicht fraglich sein, daß dieses Plaidoyer zwischen dem zuletzt und dem früher eingesetzten Erben vor dem Richterstuhle des alten jus civile zu Gunsten des zuletzt eingesetzten Erben entschieden worden wäre! (Siehe unten S. 296 fg.)

Anders aber denken bereits die Kaiser und müssen so denken, da in ihnen die gegen die Strenge des speculativen Begriffs reagirende Billigkeit das weit Ueberwiegende ist. Als daher ein Testator, die früher eingesetzten Erben infolge eines irrigen Gerüchts für todt haltend, ausdrücklich so testirt: „Quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui, Novius Rufus heres esto", kommt der Kaiser der irrthümlich todt geglaubten Erbin zu Hülfe, sie an die Stelle des Novius Rufus setzend. Es ist Paulus, der uns dies berichtet.[1] Aber zum Unterschied von den früher betrachteten Fällen des fälschlich für echt oder unecht, resp. todt gehaltenen suus wissen die römischen Juristen sehr genau, wie hier nicht von einer Rechtsregel, sondern von bloßer Billigkeit die Rede ist, und Paulus läßt durch die Ausdrucksweise seines Berichts deutlich genug hervortreten, daß nach seinem civilistischen Gewissen die Entscheidung eine andere gewesen wäre: „... et cognitione suscepta, *licet modus institutione contineretur*, *quia falsus non solet obesse*, *tamen* ex voluntate testantis *putavit* Imperator ei (der frühern Erbin) subveniendum etc."[2]

---

[1] L. 92 de her. instit. (28, 5).

[2] Genau dasselbe, was der früher eingesetzte testamentarische Erbe kann auch der irrthümlich für todt gehaltene gewöhnliche Intestaterbe (nicht suus) für sich geltend machen. Dies begreift sich freilich erst nach dem von uns (s. Nr. XXII) dem Intestaterbrecht zugewiesenen Begriffe, wonach der Intestaterbe die Bedeutung hat, der vorausgesetzte Willensfortsetzer des Todten, d. h. der aus dem eigenen Willen des sich nicht ausdrücklich äußernden Erblassers vorausgesetzte Willensfortsetzer desselben zu sein. Bin ich also, sagt der Intestaterbe, der aus dem eigenen Willen des Todten vorausgesetzte Willensträger desselben, so muß man mich auch als solchen gelten lassen, und ebenso sehr, wie ich dann einem ausdrücklich gesetzten Willensträger (Testamentarerben) weiche, ebenso wenig weiche ich, wenn dieses Setzen nur durch die falsche Voraussetzung des Todes meiner als der vorausgesetzten Willensidentität des Erblassers vermittelt ist. Wollt ihr mich nach

Nicht weniger deutlich bestätigt sich unsere Theorie vom Irrthum in dem Beweggrunde bei den Legaten. Die Beweggründe haben zum Willen ein nur *quantitatives* Verhältniß. Ist also der hinzugefügte Beweggrund des Legats auch *irrig*, so bleibt das Legat dennoch bestehen, denn der Testator kann ebenso gut auch noch andere Motive beim Testiren als das ausgesprochene gehabt haben, und Papinian sagt daher richtig[1]: „Falsam causam legato non obesse, verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret.“[2]

Allein *da* das Motiv ein *quantitatives* Verhältniß zum Willen hat, *so kann* ihn jedes einzelne Motiv auch *erschöpfen*, ganz wie wir dies Bd. 1, S. 84 fg., gezeigt haben. Und *ob* ein bestimmtes Motiv das erschöpfende gewesen war, ist eine *rein factische*, nur aus den Umständen erhellende Frage. Wird also nachgewiesen, daß der irrige Beweggrund der *einzige* und somit den Willen *erschöpfende war*, so ist mit dem Irrthum in demselben auch das Dasein des *Willens selbst* im Legat aufgehoben und dasselbe unwirksam. Papinian fährt daher a. a. O. fort: „sed plerumque doli exceptio locum habebit, *si probetur, alias legaturus non fuisse.*“[3]

---

meinem präcisen Begriff behandeln, so müßt ihr vielmehr, wenn diese falsche Voraussetzung bei dem testamentarischen Setzen seiner Willensidentität durch den Erblasser stattfand, annehmen, daß ohne dieselbe nichts herausgekommen wäre, als der, welcher eben *die vorausgesetzte Identität des erblasserischen Willens* ist. Sonst leuguet ihr den Geist euers Intestatrechts. Folglich müßt ihr annehmen, da ja der Testator *setzte*, und andererseits, da ich, sofern er mich nicht *wissend* umging, der *als von ihm gesetzte Vorausgesetzte bin*, daß *ich* der von ihm gesetzte, d. h. daß ich jetzt *testamentarischer* Erbe geworden bin.

Die Lage dieses Intestaterben ist also um nichts schlechter und nichts besser als die des früher eingesetzten testamentarischen Erben. Wieder ist es die Billigkeit der Kaiser, die eingreift und dem Intestaterben zu Hülfe kommt, wie Paulus berichtet, L. 28 de inoff. test. (28, 5). Aber das ist höchst interessant und erst aus dieser speculativen Begriffsentwickelung zu verstehen, daß nicht, wie bei der querela inofficiosi des Intestaterben, das Testament fortfällt und der Intestaterbe ab intestato drankommt, sondern daß, wie Paulus berichtet und wie speculativ nothwendig ist, der Intestaterbe um jener unaufgehobenen Voraussetzung des Intestatrechts willen durch das *nicht* auf ihn lautende Testament zum *Testamentserben* wird, d. h. als heres scriptus angesehen wird und die Legate prästiren muß. Bei dem oben im Text behandelten Fall tritt dies gleichfalls ein und ist hier freilich ganz klar, da der früher eingesetzte Erbe jedenfalls heres scriptus war und nur als solcher drankommen kann. Bei dem Intestaterben aber wird nur durch die Dialektik seines Begriffs, der beim Nichtsetzen des Testators aus dessen Willen Vorausgesetzte zu sein, klar, wie er durch ein auf einen *Andern* lautendes Testament selber zum *Testamentserben* umschlagen kann.

[1] L. 72, §. 6, de condit. (35, 1).

[2] Vgl. L. 17, §. 2, 3 cod. tit.; §. 31 Inst. de leg. (2, 20).

[3] Vgl. oben XXXV.

Man sieht, daß der Unterschied zwischen der Einwirkung des Irrthums bei der Erbeinsetzung und beim Legat nicht in einer verschiedenen Behandlung des Irrthums, sondern, unter strenger Festhaltung seines Begriffs und seines Einflusses auf den Willen, nur in der Verschiedenheit des Begriffs von Erbthum und Legat seinen Grund hat.

Das Legat ist nicht Fortpflanzung der gesammten idealen Willenssubjectivität, sondern ein einzelner Willensact des fortexistirenden Willens, Geben einer Sache. Der begriffliche und erschöpfende Beweggrund zu dieser Willensäußerung ist hier — jeder noch so zufällige und unbedeutende Umstand, der den Willen zu dieser Aeußerung sollicitirt hat, wenn nur bewiesen wird, daß er allein das Sollicitirende war. Wird dies bewiesen, so enthält jeder solche noch so zufällige, allein sollicitirende Beweggrund, und wenn er in nichts anderm bestand, als daß der Legatar eine rothe Nase hat, den ganzen Willen des Erblassers in sich und absorbirt diesen ganzen Willen durch seinen Irrthum.

Die Erbeinsetzung dagegen ist nicht Geben von Vermögen, ist nicht einzelner, verschwindender Willensact, ist nicht Aeußerung eines einzelnen bestimmten Willensinhalts. Sie ist weit mehr und ein begrifflich ganz Anderes. Sie ist metaphysische Identificirung der gesammten Willenssubjectivität, meiner gesammten Willenswesenheit mit einer andern Willenssubjectivität. Dies ist der wahre Willensinhalt dieser Handlung. Dieselbe hat daher zu ihrem erschöpfenden Beweggrund einzig und allein den begrifflichen: die streng geschlossene, zwischen dem Wesen meiner und einer andern Willenssubjectivität bestehende Beziehung. Ich setze eine andere Willenssubjectivität als identisch mit mir, weil ich sie als solche Willensgleichheit mit mir anschaue. Alle andern einzelnen endlichen Beweggründe sind nicht mehr das Warum der Erbeinsetzung, sondern nur das Warum des Warum, nicht die causae, sondern die causae remotae derselben, und dürfen somit niemals als der erschöpfende Beweggrund dieser idealen Gleichung gelten. Der einzige einwirkende Irrthum im Beweggrund kann daher hier bei der Suität vorkommen, wenn ich jemand für schon identisch mit mir halte, der es nicht ist, oder für nicht schon identisch halte, der es ist.

Als die Kaiser in den obigen zwei Fällen dem Irrthum im Beweggrund Einwirkung geben, thun sie somit nichts anderes, als daß sie anfangen, auch in dieser Hinsicht die Erbeinsetzung einem einzelnen Willensact, dem Legat, resp. einem Vermögensgeben zu assimiliren, was, wie wir überall gezeigt haben, der constante Verlauf der römischen Rechtsgeschichte ist.

Wenn also die Behandlung des Irrthums in der Erbeinsetzung und im Legat eine innerlich und begrifflich streng übereinstimmende ist, so hat

sich jetzt eben solche Uebereinstimmung zwischen der allgemeinen Behandlung des Irrthums im Beweggrunde im Rechtssystem überhaupt, wie wir sie im ersten Bande darstellten, und im Erbrecht gezeigt. Es verhält sich nicht so, wie Savigny sagt, daß dasselbe „singuläre Ausnahmen" jener Irrthumseinwirkung darstelle; es verhält sich nicht so, wie er gleichfalls sagt, daß daselbst die Einwirkung des irrigen Beweggrundes eine weitere sei. Nicht eine weitere, nicht eine engere, sondern genau dieselbe ist sie, ja in Bezug auf die Erbeinsetzung müßte sie hier sogar scheinen, eine engere zu sein, ein Schein, den wir gleichfalls bereits aufgelöst haben.

Selbstredend aber erwächst aus dieser gegenseitigen Uebereinstimmung unserer Theorie des Irrthums mit der des Erbrechts jeder von beiden eine nicht geringe Bestätigung.

XXXVII. Die Identification seitens des Erben; Fortsetzung. Der Wahnsinnige und das Kind.

Wir kehren von diesen Excursionen nunmehr zur Adition zurück. Wir haben gezeigt, daß und warum die Adition ohne jenes oben erörterte vorhergehende Wissen nicht stattfinden kann, resp. unwirksam bleiben muß. Deshalb nämlich, weil, um dies nochmals kurz zusammenzufassen, das, was eigentlich in der Adition vor sich geht, die geistige Identificirung der Willenssubjectivität des Erben mit der des Erlassers ist, und dieser Proceß natürlich also gar nicht vollbracht werden kann, wenn nicht zuvor der Wille des Erblassers und seine zu ihm, dem Erben, bestehende Beziehung für den Geist des Erben vorhanden, ihm bekannt ist. Wäre der Wille des Erblassers nicht für den Erben vorhanden, so würde Erbe wie Erblasser, selbst in dem Willensinhalt, worin sie etwa zufällig übereinstimmten, jeder blos ein unmittelbar für sich seiender und für sich wollender Wille sein. Der Erbe hätte sein Fürsichsein nicht dazu bestimmt, Identität mit dem Fürsichsein des Erblassers zu sein, hätte sich also nicht als das identische Dasein und die Fortexistenz seiner Willenssubjectivität gesetzt.

Das Gesagte läuft also darauf hinaus, daß, wer Erbe sein will, sich zuvor durch diesen Proceß der innern Willensidentificirung innerlich zum Erben machen muß.

Ist dem so, so folgt also hieraus mit Nothwendigkeit, daß der Wahnsinnige, da dieser eben überhaupt kein geistiges Fürsichsein mehr ist und also diesen Proceß nicht vornehmen kann, deshalb auch

nicht Erbe werden und durch keines Tutors Aushülfe dazu in den Stand gesetzt werden kann. Marcellus[1]: „Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest etc.“ Aber natürlich kann dies nur von dem Wahnsinnigen gelten, der nicht suus oder necessarius, also Sohn oder Sklave des Erblassers ist.[2] Denn der suus und der necessarius braucht überhaupt kein Wollen und somit kein Wissen. Soweit freilich leuchtet dies ganz unmittelbar ein und hat seit je eingeleuchtet. Was aber die Hauptsache ist, ist dies nicht, wie stets geschieht, so aufzufassen, daß der suus oder necessarius vom Wollen oder Wissen ausgenommen, dispensirt sei. Dies wäre ganz unmöglich. Sondern es ist zu sagen, daß beim suus und necessarius Wollen wie Wissen schon ohne seine eigene Vermittelung unmittelbar vorhanden ist. Es ist dies ja auch gar nicht anders möglich. Denn der suus oder necessarius ist ja gar nicht selbst Subject und Träger seiner Willenssubjectivität, sondern hat dasselbe außer ihm, im Vater oder Herrn, der zugleich der Erblasser ist. In diesem also hat er sein Fürsichsein, in diesem will und weiß er, und die Identität ist daher schon vollzogen und bedarf nur deshalb keiner neuen vermittelnden Herstellung mehr, die blos auf ein acta agere hinausliefe.[3] (Vgl. oben Nr. XXI fg.)

Man könnte also etwa sagen wollen, daß der Wahnsinnige (vom suus und necessarius nunmehr abgesehen) nicht fähig zur Erbschaft sei. Allein es liegt auf der Hand, wie ungenau und gedankenverwirrend

---

[1] L. 63 de acqu. vel om. her. (29, 2); vgl. L. 7, §. 3, C. de curat. fur. (5, 70).

[2] Weshalb es an der eben angezogenen Stelle der Dig. sofort so weiter geht: „nisi si *necessarius patri aut domino heres* existat.“

[3] Wenn Justinian sagt (L. 7, §. 2, C. l. l.): „Sin vero perpetuo furiosus sui juris sit, tunc in paterna quidem hereditate, quae *quasi debita* ad posteritatem suam devolvitur, nulla est juris veterum dubitatio, quum illico appareat et suus heres existat suis parentibus“, so ist es nur ganz natürlich, daß er sich dies in einer den Begriffen seiner Zeit angemessenen Weise als eine „hereditas quasi debita“, also durch Motive der Familienliebe u. s. w., erklärt. Allein wie falsch diese Erklärung ist, ist am einfachsten damit bewiesen, daß ja auch, wie die L. 63 zeigt, der eingesetzte Sklave dasselbe Vorrecht hat, wie der suus, und bei ihm doch gewiß von keiner hereditas quasi debita die Rede sein kann! Es zeigt sich also hierin wieder unwiderleglich, daß alles im civilen Erbrecht Wurzelnde lediglich aus der Strenge des speculativen Begriffs, wie er sich hier durch seine Complication mit dem im Verhältniß der Personengewalt vorliegenden Begriff der Willensidentität gestaltet, herfließt und lediglich aus ihm erklärt werden kann, während von einem „Recht der Familienglieder“, welches (siehe z. B. Böcking, Pandekten, I, 133, Note 8) die eigentliche Substanz des römischen Erbrechts sein soll, wie wir dies nun schon so oft nachgewiesen haben, gar keine Rede ist.

diese Bezeichnung hier wäre. Denn was ihn hindert, ist nicht eine rechtliche Eigenschaft, sondern nur der blos factische Mangel jener innern Thätigkeit, wie er ebenso sehr bei dem vernünftigen Erben, der aber zufällig nicht weiß, hindernd stattfindet, wenn er auch bei diesem eben in zufälligen, bei jenem in natürlichen, ebendeshalb aber für das Recht gleichfalls nur zufälligen Gründen beruht, wie denn auch dieser Mangel bei ihm auf eine ebenso zufällige und rein factische Weise, durch Wiedererlangung der Vernunft, jederzeit wieder verschwinden könnte.[1] — Es ist von Interesse, dies hervorzuheben, weil sich von hier aus der innere Fortgang zu der Verordnung des Justinian in den §§. 7 und 8 der L. 7 C. de cur. fur. ergibt. Nach derselben soll nämlich der Curator des Wahnsinnigen vorläufig antreten und die Güter verwalten mit der Bestimmung, daß, wenn der Wahnsinnige vernünftig wird — und also in die factische Lage kommt, jene Thätigkeit auszuüben, und die Erbschaft annimmt —, sie als eine ihm erworbene gelte, daß dagegen, wenn er im Wahnsinn stirbt oder, vernünftig geworden, sie ausschlägt, die Erbschaft als ihm niemals erworben betrachtet wird und an diejenigen gelangt, an die sie gelangt wäre, si non in medio erat.

Freilich ist auch hier wieder ersichtlich, wie sehr dabei die Anschauung des Erbthums als eines Vermögenserwerbs den civilistischen Erbthumsbegriff in den Hintergrund gedrängt hat und nur dadurch der von Justinian ergriffene Weg möglich ist. Denn bei strenger Festhaltung des Erbbegriffs könnte der Curator auch nicht einmal vorläufig antreten, da, solange der Erbe nicht weiß, die Erbschaft ihm — wir werden später sehen, warum — auch noch nicht einmal deferirt ist.[2]

Wenn aber der nicht Wissende, und darum auch der Wahnsinnige, nicht antreten kann, so müßte es als eine Forderung der Consequenz erscheinen, daß auch der Unmündige nicht antreten könne. Denn sowol als infans wie auch noch als impubes, der älter als sieben Jahre, fehlt ihm gleichfalls noch wie dem Wahnsinnigen dies: fürsichseiender Geist zu sein. Es fehlt ihm dies Fürsichsein der Vernunft aus einem Altersgrunde, somit gleichfalls, wie bei dem Wahnsinnigen, aus einem natürlichen Grunde. Es scheint daher, daß beide, das Kind wie der Wahnsinnige, nur ganz gleichmäßig zu behandeln sein müßten. Gleich-

---

[1] Weshalb denn also auch keine Rede davon sein kann, daß das Testament wegen Einsetzung eines furiosus nichtig wäre. Vielmehr wird es auch nach streng civilrechtlichen Grundsätzen wirksam sein, wenn der furiosus nur zur Zeit der Adition wieder geheilt ist.

[2] Vgl. vorläufig Ulpian, L. 1, §. 5, de succ. ed. (38, 10): „Furiosi curator nequaquam poterit repudiare, quia *necdum delata* est", und Paulus, L. 90 pr. eod. tit.

wol kann der Unmündige unter Assistenz des Tutors antreten. Und vielleicht könnte man in der That meinen, daß hier der einzige Punkt wäre, wo sich das Civilrecht eine Abweichung von jener unerbittlichen Consequenz des speculativen Begriffs aus Billigkeitsrücksichten gestattet habe. In Paulus wenigstens lebt noch genug von jener rigorosen Strenge des civilrechtlichen Geistes, um ihm dies als eine solche Abweichung erscheinen zu lassen. Er sagt, indem er selbst auf diesen Vergleich zwischen dem Unmündigen und dem Wahnsinnigen geräth[1]: „Pupillus, si fari possit, licet hujus aetatis sit, ut causam acquirendae hereditatis non intelligat, quamvis non videtur *scire* hujusmodi aetatis puer — neque enim scire, neque decernere talis aetas potest, *non magis quam furiosus* — tamen cum tutoris auctoritate, hereditatem acquirere potest; *hoc enim favorabiliter iis praestatur.*" Die letzten hervorgehobenen Worte zeigen deutlich genug, daß Paulus dies als eine nicht im Geiste des Civilrechts liegende äußerliche Hülfe und beneficium betrachtet.[2]

Es verhält sich dies jedoch nicht ganz so. Ein Unterschied ist allerdings zwischen Kind und Wahnsinnigem. Das Kind wird eines Tags Vernunft haben, was vom Wahnsinnigen nicht gilt. Das Kind ist also in der That geistiges Fürsichsein, aber nur erst noch im Keime. Es ist das Ansich eines fürsichseienden Geistes. Der Wahnsinnige aber, gerade weil er bereits ein Fürsichsein gewesen ist und dies verloren hat, hat es nunmehr überhaupt verloren und erlangt es durch keine normale und nothwendige Entwickelung mehr zurück. Er ist also nur noch ansichseiender Geist, Geist an sich, aber nicht mehr das Ansich eines Fürsichseins. Sehr gut trifft diesen Unterschied Alciatus[3]: „Quapropter et *infanti* proprie dicitur delata (hereditas) qui, quamvis ignoret, tamen *praesumitur*, *quod factus adultior sciet*, at *furiosus* nec scit *nec sciturus praesumitur*, unde illi non pleno jure, sed miserationis causa ratione fructuum providetur." Deshalb kann also der Unmündige antreten, aber es kann deshalb nicht der Tutor für ihn antreten, sondern er muß es selbst unter Assistenz des Tutors[4], welcher nur die Ergänzung[5]

---

[1] L. 9 de acqu. vel om. her. (29, 2).

[2] Vgl. Paulus, L. 32, §. 2, de acqu. poss. (41, 2): „Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit; nam *judicium infantis suppletur* auctoritate tutoris; *utilitatis enim causa* hoc receptum est, nam alioquin nullus consensus est infantis accipienti possessionem."

[3] Comm. in ff. tit. de verb. sign., II, 1023 (ed. Francof. 1617).

[4] Bis Theodosius dies ändert, L. 18 C. de jur. del. (6, 30).

[5] Judicium infantis *suppletur* auctoritate (wofür besser noch gesagt wäre *judicio*) tutoris; s. Note 2 auf S. 301.

seines ansich vorhandenen Fürsichseins darstellt. Wie dies überhaupt die Bedeutung des Tutors ist, äußerlich die in dem Unmündigen nur als Anlage immanente, aber noch nicht zum Fürsichsein gelangte Vernunft darzustellen, so bildet er zusammen mit dem Tutor ein wahrhaftes geistiges Fürsichsein.

XXXVIII. Die Delation und das Wissen.

Aus der bisherigen Erörterung über das zur Adition erforderliche Wissen ergibt sich nun erst die innere Auflösung eines fast komischen circulus vitiosus, in welchem sich die Juristen unbewußt über die Delation und Adition der Erbschaft bewegen.

Fragt man nämlich, wann kann die Adition der Erbschaft erfolgen, so geben die Juristen zur Antwort: Wenn die Erbschaft deferirt ist. Und in der That kann keine andere juristische Antwort gegeben werden. Denn der erfolgte Tod des Testators reicht durchaus noch nicht hin, um antreten zu können. Die Erbeinsetzung kann bedingt, kann substitutarisch sein; die Frau kann sich für schwanger halten u. s. w. Kurz, eine Reihe objectiver Umstände kann die Wirkung haben, daß trotz des erfolgten Todes die Delation noch nicht erfolgt ist, und es beruht also auf guten Gründen, daß auf die Frage, wann kann die Adition erfolgen, geantwortet werden muß: Dann, wenn die Delation erfolgt ist. Ulpian[1]: „Sed ita demum pro herede gerendo acquiret hereditatem, *si jam sit ei delata.*" Fragt man aber nun weiter: Und wann ist die Delation erfolgt, so erhält man von den Juristen zur Antwort: wenn die Adition erfolgen kann.[2] „*Delata* hereditas intelligitur, quam quis possit *adeundo* consequi."

Ein offenbarerer circulus vitiosus, bei dem man sich gleichwol harmlos zufrieden gibt, kann also wol schwerlich in irgendeiner Wissenschaft gefunden werden.

Allein die Auflösung und der Ursprung dieses Cirkels muß sich jetzt aus den frühern Erörterungen von selbst ergeben.

Werfen wir, um dies ganz deutlich hervortreten zu sehen, zunächst die folgende Frage auf: Ohne das Wissen des Erben kann, wie wir sahen, die Adition nicht wirksam stattfinden. Kann man aber so weit gehen, zu sagen, daß ohne jenes Wissen auch die Delation nicht einmal

[1] L. 21, §. 2, de acq. her. (29, 2).
[2] L. 151 de verb. sign. (50, 16).

erfolgt sei, die Erbschaft also dem Erben, solange er nicht weiß, auch noch nicht deferirt ist? Alciatus behauptet dies (a. a. O., Note 3 zu S. 301). Die allgemeine Meinung dagegen ist die entgegengesetzte, daß das Wissen des Erben nur zur Adition gehöre, nicht aber zur Delation der Erbschaft an ihn.[1] Und es läßt sich nicht verkennen, welche unwiderlegliche Verstandesgründe hierfür sprechen. Die Delation soll ja eben dem Erben gegenüber die objective Seite der eingetretenen Erbschaft bezeichnen, das seitens des Erblassers und resp. der objectiven Rechtsnormen erfolgte außerhalb des Erben liegende Angebot der Erbschaft an ihn; sie kann also die subjective eigene Thätigkeit des Erben, sein Wissen und Thun, nicht als Requisit in sich einschließen. Ja, dies Wissen selbst des Erben soll ja gerade darin bestehen: die Delation der Erbschaft zu wissen, z. B. Donellus[2]: „Generales conditiones tres sunt, quibus voluntate acquiri hereditas potest; prima . . . secunda, si heres *sibi delatam sciat*"; oder z. B. Savigny, der das erforderliche Wissen des Erben als ein Wissen „über die Art der Delation" definirt.[3] Das Wissen setzt also hiernach die Delation schon als seine eigene Voraussetzung und seinen Gegenstand voraus, und es kann somit nicht wieder die Delation jenes Wissens voraussetzen, ohne daß der trostloseste Cirkelgang vorläge.

So unangreifbar dies nun auch vom Verstandesstandpunkt wäre, so irrig ist es gleichwol, da im Erbrecht überall der speculative Begriff das Herrschende ist, vor welchem die abstracte Trennung und Unterscheidung jener beiden Momente, der Delation und des Wissens, sich nicht behaupten kann. Es muß dies aber auch bereits durch die bisherigen Entwickelungen evident geworden sein. Denn wir haben bereits oben (Nr. XXXIV) als das Gesammtresultat jenes zur Adition erforderlichen Wissens eben dieses nachgewiesen: daß der zum Erbthum Berufene sich zuvor innerlich zum Erben, zur Willensidentität mit dem Erblasser, selbst machen muß, ehe er realiter antreten kann. Der Erbe ist es also selbst, der durch sein inneres Fürsichsein die Sache in die Lage bringt, daß er antreten kann; er ist es selbst, der sich die Möglichkeit des Erwerbs der Erbschaft erst selber bereitet;

---

[1] Siehe Heise und Cropp, Jur. Abhandlungen, II, 123 fg.

[2] Comm., lib. VII, c. IV, p. 293, und c. V, p. 295: „Non est satis ita delatam hereditatem esse, ut acquiri possit; altera conditio est, ut *sciat* heres extraneus *sibi delatam.*" Die Juristen beziehen sich hierbei stets, wie auch Donellus daselbst, auf die Inst., §. 7 de her. qual. (2, 19). Dort ist aber keineswegs dasselbe gesagt; denn dort wird nicht von Delation gesprochen, sondern es heißt nur „dummodo *sciat . . . se ei heredem esse*".

[3] Siehe oben in der Note zu S. 276.

er ist es in letzter und entscheidender Instanz somit selbst, der sich die Erbschaft deferirt.

Wie der Angerufene nur dann ein wirklich Angerufener ist, wenn er vernommen hat, dies Hören aber ein Act der innern physiologischen Thätigkeit des Hörenden selbst ist, so ist die Erbschaft nur dann für den Erben vorhanden, nur dann ihm deferirt, wenn sie eben in sein Fürsichsein eingetreten ist. Denn im Erbthum handelt es sich ja eben nicht um eine Sache, die auch ohne Wissen — z. B. ex lege oder durch Vindicationslegat (s. oben Nr. XV) — sogar erworben werden kann[1], sondern es ist nichts Geringeres, als die geistige Identität des Fürsichseins selbst mit einem andern Fürsichsein, die zu Stande kommen soll, und die ebendeshalb, weil der Gegenstand der Offerte hier der Austausch und die Gleichsetzung des Fürsichseins selbst ist, erst dann dem Erben angeboten ist, wenn dieser Wille des Erblassers an das Fürsichsein des Erben herangetreten und für dasselbe geworden ist. Wie es in dem testamentum per aes et libram in seiner alten Gestalt — welches Testament, wie wir sahen (Nr. VIII), nichts anderes als das entwickelte Gesetztsein aller Momente der Testamentsidee in der formellen Handlung des Testamentsactes darstellt — gar nicht einmal möglich wäre, zu testiren, ohne das Wissen des wahren Erben (des familiae emptor); wie dieser also als Mitfungirender es ist, welcher dem Testator das Testiren erst ermöglicht: so wird nun in der spätern Gestalt des Testaments diese geschlossene Gleichzeitigkeit der Handlung in der Form zwar entzweigerissen, aber von den Momenten der Idee, die in jener Form vorlagen, fällt keins hinweg, und sie verlangen daher jetzt als inhaltliche Momente ihre nunmehr zeitlich auseinanderliegen könnende Erfüllung, damit eine Delation des Erbthums erfolgt sei. Und darum ist jetzt das Wissen des Erben, das Präsentwerden des erblasserischen Willens für ihn erforderlich, damit Delation vorhanden sei.

Erst der Erbe selbst ist es also, der durch sein Wissen die Delation der Erbschaft bewirkt und die Sache in die Lage bringt, daß er antreten oder repudiiren kann. Alciatus hat daher ganz Recht, daß das Wissen des Erben für das Dasein der Delation nothwendig ist. Und wie dies mit unabweislicher Evidenz aus dem speculativen Begriffe folgt, so zeigen es ebenso unumstößlich die positiven Beweisstellen, vor allem die bedeutungsvollen, schon oben (S. 300, Note 2) angezogenen

[1] Daß die per vindicationem legirte Sache auch ohne Wissen des Legatars ihm jedenfalls schon angeboten ist, geben auch die Proculejaner zu (siehe a. a. O.), und so zeigt sich hier wieder in scharfem Nebeneinander der Unterschied zwischen dem Willenserbthum und dem Vermögensvermächtniß.

Worte Ulpian's, daß die Erbschaft des Wahnsinnigen nicht nur nicht angetreten werden könne, sondern ihm sogar noch nicht deferirt sei (quia *necdum delata est*, weshalb sie auch nicht ausgeschlagen werden kann). Und ebenso die gleichfalls bereits bezogene L. 151, welche die Delation erst dann für eingetreten erklärt, wenn der äußere Aditionsact, dem, wie wir zeigten, das Wissen ideell vorhergehen muß, bereits eintreten kann.

Dies Resultat, daß es erst der Erbe selbst ist, welcher die Delation der Erbschaft an sich hervorbringt, ist ein höchst bedeutsames, und mit dem Geiste unserer gesammten Darstellung in tiefster Uebereinstimmung stehendes. Es zeigt, wie im höchsten Maße der Erbschaftserwerb ein überall nur aus der eigenen Willensaction des Erben entspringender ist, wie er nicht nur die Wirklichkeit des Erwerbs (Adition), sondern auch die Möglichkeit des Erwerbs (Delation), die ihm äußerlich nur vom Erblasser dargereicht zu sein scheint, vielmehr sich selbst darreicht und seinem eigenen Fürsichsein verdankt. Und dies kann nicht wundern, daß bei einem Erwerb, der gerade darauf gegründet ist, daß er Willensidentität mit der Willenssubjectivität des Erblassers ist, sein Wille als Subject der ganzen Bewegung erscheint.[1]

Freilich, wenn wir sagen, der Erbe bringe erst durch sein Wissen die Delation der Erbschaft hervor, so scheinen wir immer rettungslos in den obigen Kreislauf zu verfallen. Denn dies Wissen scheint eben nur das Wissen davon zu sein, daß ihm die Erbschaft deferirt ist, setzt also immer die Delation, die es erst hervorbringen soll, voraus. Allein der Schein dieser Cirkelbewegung liegt jetzt nur noch an dem juristischen Terminus: Erbschaft, und verschwindet, sowie man diesen in die Sprache des Begriffs auflöst. Denn dann wird der Satz vielmehr heißen: Der Erbe bringt durch sein Wissen davon, daß der einseitige Wille des Erblassers sich zur Willensidentität mit ihm bestimmt hat, die Delation der hereditas und alles von ihr Dependirende sich hervor: er bringt erst durch sein Wissen, daß der Erblasser geistige Identität mit ihm sein will, die Möglichkeit für seinen eigenen Willen hervor, geistige und also bewußte Identität mit jenem zu sein. Und so gefaßt ist der Satz ebenso klar wie ohne jeden Cirkel.

---

[1] Was auf den Erblasser allein kommt, getrennt vom Erben, ist nur dies, daß er dem Erben die Delation möglich macht. — Und mehr kann ja in der That auf den todten Willen, der nach dem Tode, also zu einer Zeit, wo er an sich nicht mehr existirt und wollen kann, fortgesetzt sein will, nicht kommen, als daß er einem geltenden Willen den Anstoß zu der Erwägung gibt, ob er ihn fortsetzen will oder nicht. Er für sich allein also ruft oder beruft nur, aber deferirt noch nicht.

— Durch das Vorstehende hat sich nun aber auch jener zuerst berührte Cirkel bei der Frage nach der Delation und Adition ebenso aufgelöst, als in seinem Ursprunge erklärt. Er entspringt einfach daraus, daß man mit dem einfachen Ausdruck der Adition das Ganze der Willenshandlung des Erben zu belegen, und dennoch nur an ihren äußerlichen Act, die solennelle Erklärung, zu denken pflegt, in dieser Adition selbst aber, damit ihr äußerer Act wirksam eintreten kann, wie wir oben zeigten, ein innerlicher Proceß und eine innere Thätigkeit seitens des Erben vorhergeht und vorhergehen muß, welche das Wissen und somit die Hervorbringung der Delation erst in sich enthält. Delationswirklichkeit und Additionswirklichkeit sind daher absolut identische Momente des Begriffs, die nur in ihrer juristischen Verstandestrennung als unterschieden, als ein Vorher und Nachher erscheinen können. Auf die Frage, wann die Delation da ist, wie auf die Frage, wann die Adition eintreten kann, wird es daher nur die eine begriffliche Antwort geben: wenn der Erbe die Willensbeziehung des Erblassers auf ihn als eine ihn zur continuirenden Identität mit seiner Willenssubjectivität berechtigende, und zwar in der genauen qualitativen Bestimmtheit dieser Willensbeziehung, weiß.[1] Die Frage nach dem einen, wie nach dem andern Zeitpunkt wird daher auch in ihrer juristischen Beantwortung stets absolut zusammenfallen müssen, eine Identität, die aber erst dann begriffliche Identität statt sinnlosen Cirkels ist, wenn man eben begreift, wie es das eigene Fürsichsein des Erben ist, welches erst die Delation hervorbringt.

XXXIX. Das jus adeundi. Die Transmission. Das SC. Silanianum. Das Carbonianische Edict. Die transmissio Theodosiana und Justinianea.

Aus dem, was wir bisher über die Adition entwickelt haben, ist jetzt nun zugleich die innere Nothwendigkeit ersichtlich, weshalb nach Römischem Recht der Erbe die noch nicht angetretene Erbschaft (also das bloße jus adeundi) auf seine Erben nicht transmittirt und unmöglich

[1] Es liegt aber jetzt auf der Hand, weshalb die von Savigny (siehe oben S. 303, Note 1) und Andern gegebene Definition des zum Erbthum nothwendigen Wissens: es bestehe in dem Wissen über die Art der Delation, gänzlich unzulässig ist, da die Delation selbst erst durch das Wissen zu Stande kommt.

transmittiren kann.[1] Denn er ist noch gar nicht Erbe, solange er sich nicht durch den dargelegten innerlichen, in der Adition vor sich gehenden Willensproceß zum Erben gemacht hat, und es ist nur ein uneigentlicher und verwirrender Sprachgebrauch, vor dieser entscheidenden Entschließung, die ihn erst als Erben, als Willensidentität mit dem Erblasser hervorbringt, ihn durch Anticipation einen Erben zu nennen. Was fehlt, solange die Adition fehlt, ist nicht ein äußerer Act, eine Erklärung, die dann etwa durch den Successor seiner Rechte nachgeholt werden könnte, sondern es fehlt jetzt das Substantielle selbst, worauf dies Recht des äußern Antretens beruht; denn es fehlt dies, daß er sich zur innern Identität mit der Willenssubjectivität des Erblassers bestimmt und gemacht hat, es fehlt also das, ohne was der Erbe selbst, wenn er lebte, nicht antreten könnte. Wäre das Erbthum in einem Wesen ein Vermögenserwerb, so könnte es, da die Vermögensrechte auf die Erben übergehen, logisch sein, daß des Erben Erben antreten können. Allein da dies supranaturalistische Institut, weit entfernt ein solcher Vermögenserwerb zu sein, vielmehr nur die Perpetuirung der Willenssubjectivität des Erblassers dadurch, daß sich der Erbe mit derselben identisch und sie als die seinige setzt, zu seinem Wesen hat, wovon dann der Vermögenserwerb nur die nothwendige und secundäre Folge ist, so kann hiervon nicht die Rede sein. Denn die Sache steht nun so, daß der vom Erblasser zur Willensidentification mit ihm Berufene diese Identification seinerseits nicht vollbracht, sich nicht zur Willensidentität mit ihm bestimmt hat, und des Erben Erben dies nicht können, weil sie vom Erblasser nicht als Willensidentität mit ihm gesetzt sind. Die Sache liegt also für die Erben des Erben wesentlich und ganz so, wie sie auch für jeden andern beliebigen Nichterben liegen würde. Freilich war der Rechtsvorgänger jener zum Erbthum berufen, und hätte sich also zur Willensidentität mit dem Erblasser machen können, wenn er nur gewollt hätte, oder noch lebte. Aber ebenso könnten dies alle andern Menschen auch, wenn sich nur der Erblasser zur Willensidentität mit ihnen bestimmt hätte. Für den Begriff, und darum auch für das Recht, wiegen sich diese beiden bloßen Möglichkeiten vollkommen auf; welcher der beiden Willen auch zur Herstellung der Willensidentität fehlt, das Erbthum ist in beiden Fällen gleichmäßig nicht zu Stande gekommen, und das Verhältniß des ersten Erblassers zu des Erben Erben ist daher kein anderes, als das zu allen Menschen überhaupt.

Von hier aus ist nun beiläufig auch erst in seiner innersten Tiefe klar, warum (vgl. Bd. 1, S. 419 — 430) im Römischen Recht bei der

[1] L. un. C. §. 5 de cad. toll. (6, 51) „. . . hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti, nec veteres concedebant nec nos patimur."

Erbschaft von einem erworbenen Rechte vor der Adition nicht die Rede sein kann[1], und daher jeder vor derselben eintretende Rechtswechsel ebenso wie die factische Veränderung des Todes einwirken muß.

Das Princip also, daß nach römischem Erbrecht die Erben nicht transmittiren, heißt mit andern Worten gar nichts anderes, als daß ohne Adition kein Erbthum ist. Und dieser Grundsatz ist, wie wir gesehen, so sehr das innerste Fundament alles römischen Erbrechts, daß dasselbe ohne ihn eine absolute Unmöglichkeit, ein völlig um seinen Begriff gekommenes Institut wäre. Er durchdringt das gesammte römische Erbrecht und gleichmäßig, weil zum Erbthum überhaupt erforderlich, Testaments- wie Intestatrecht, und zwar so sehr, daß er auch beim suus nicht fortfällt. Denn auch bei ihm ist die Adition, resp. das, was durch sie gesetzt wird (Willensidentification), nicht etwa überhaupt nicht erforderlich, sondern sie ist es nur deshalb nicht mehr, weil sie bei ihm schon vorliegt, schon stattgefunden hat durch den Act des Eintretens in die Familie, deren ungelöstes Glied er ist, durch die Geburt (s. oben S. 194 fg.).

Dennoch wird durch die Autorität der Juristen die Transmission zuerst in gewissen Fällen, dann durch die Constitutionen der Kaiser bei gewissen Personen, endlich durch eine Verordnung Justinian's in gewisser Weise bei allen Erben eingeführt. Dies scheint dem eben Gesagten zu widersprechen. Denn es würde hierdurch scheinen, im Laufe der historischen Bewegung dahin gekommen zu sein, daß das Princip der Adition aufgehört habe, die Grundlage des Erbthums zu sein. Dann aber würde das römische Erbrecht fortan nur noch ein wirrer und sinnloser Widerspruch gegen sich selbst gewesen sein. Eine solche Veränderung konnte selbst zur Zeit Justinian's nicht möglich sein. Wir haben vielmehr bisher überall gezeigt, daß durch alle historische Entwickelung und durch alle allmählich in dieser vor sich gehende Entäußerung seines ursprünglichen speculativen civilrechtlichen Begriffs hindurch, und selbst bis in die Umwandelung hinein, die das Erbrecht unter Justinian erfährt, immer noch ein, wenn auch immer dünnerer Zusammenhang mit dem speculativen Begriff des civilen Erbrechts bewahrt wird; daß derselbe in dieser historischen Bewegung ebenso Schritt für Schritt aufgehoben, als noch festgehalten wird. Das Princip der Adition aufgeben, im Sinne des Verstandes, würde nichts anderes geheißen haben, als alles römische Erbrecht aufheben. Es war dies für das Römische Recht unmöglich, solange die römische Welt auch nur den leisesten und entferntesten Zusammenhang mit ihren geistigen Traditionen bewahrte, solange dies Recht nicht radical in einen andern Volksgeist überging.

---

[1] Speciell über das Intestaterbrecht in dieser Hinsicht siehe sub Nr. XL.

Es wird daher unsere letzte Aufgabe sein müssen, übereinstimmend mit dem, was wir bisher stets an den verschiedenen Instituten und Sätzen des Erbrechts in Bezug auf die historische Entwickelung desselben nachgewiesen haben, auch hier wieder zur Darstellung zu bringen, wie sich das, was sich uns als der Begriff der Adition ergeben hat, und was also den Grundsatz der Nichttransmission hervorbringt, durch alle Zulassungen der Transmission hindurch und bis in die justinianeische Verordnung hinein principiell, wenn auch in mählich erblassender Lebendigkeit immer noch festgehalten wird.

In den Digestenstellen, in welchen die Transmission zugelassen wird, ist dies Festhalten des begrifflichen Princips noch in aller Kraft vorhanden und völlig evident.

Der erste Fall ist derjenige des SC. Silanianum. Wenn der Testator ermordet worden, so zeigt sich die innere und wahre Identität der Willenssubjectivität des Erben mit ihm gerade darin, daß der Erbe vor allem zur Rache seines Mordes eilt.[1]

Das SC. Silanianum bestimmt daher, daß die Eröffnung der tabulae und die Antretung der Erbschaft (s. Nr. XXX) nicht stattfinden kann, bis an den Sklaven, die mit dem Ermordeten unter einem Dache waren, die peinliche Frage vollzogen und die Schuldigen bestraft worden.[2] Ja, das Edict sagt sogar, daß der Erbe sich eines dolus malus schuldig mache, der früher zur Eröffnung der Tafeln schreitet. Wie hier, wo man zunächst nur an eine culpa denken sollte, von einem dolus die Rede sein kann, würde schlechthin unbegreiflich sein, wenn es nicht seine Erklärung in dem oben (Nr. XXXV) über den Erbdolus Entwickelten in Verbindung mit dem soeben Gesagten fände. Denn der Erbe, der an sich und seine Antretung denken würde, ehe jene pflichtmäßige Untersuchung und Strafe an den schuldigen Sklaven vollzogen ist, würde eben zeigen, daß er sich durchaus nicht identisch mit dem Erblasser fühlt. Er würde somit zeigen, daß er nur Vermögensnehmer des Todten, nicht aber, wofür er sich ausgibt, Willensidentität mit ihm und seinem um Rache schreienden Blute ist; er würde also gerade das begehen, was wir oben als das Wesen des Erbdolus nachgewiesen haben. Das wahre Wesen des Erben erfordert hier also gerade, daß die Adition solange unterbleibt. Wenn nun aber der Erbe in dieser Zwischenzeit gleichfalls stirbt? Wenn es feststeht, daß er nur wegen des SC. Silanianum die

---

[1] Marcianus, L. 15, §. 1 u. 2, de SC. Silan. (29, 5): „Heredibus autem qui in ulciscenda morte defuncti cessaverunt, tam testamento quam ab intestato auferuntur bona, forte et si quasi patronus venit, quamvis hi suo jure admittuntur."

[2] Ulpian, L. 3, §. 18, de SC. Silan. (29, 5).

Antretung nach dem Vorigen unterlassen hat, so hat er in diesem Falle gerade durch diese einstweilige Unterlassung der Adition und seines mit ihr gegebenen persönlichen Erwerbs sich eben als echten Erben, als echte Identität mit dem Erblasser gezeigt und bethätigt, wie sonst durch die Adition selbst. Darum transmittirt er in diesem Falle. Und dennoch soll er selbst in diesem Falle, da es zu jener formellen Identification, die vorzunehmen er diesmal gerade durch den innern Begriff des Erbthums gehindert wurde, nicht gekommen ist, nur utiles actiones, nicht directe erhalten[1]: „Eleganter Scaevola ait, ut quis ad heredem suum *utiles* actiones *transmittat*, si forte ante additionem decessit, exploratum esse debere *idcirco* eum non adire, quod senatusconsulto Edictoque terreatur." Wie wenig dies aber etwa in dem Sinne einer bloßen Billigkeit zu nehmen ist, zeigt sich sofort darin, daß, wenn außer diesem Hinderniß noch ein anderes zeitweiliges Hinderniß der Adition obwaltete, z. B. wenn die hinterlassene Frau des Ermordeten fälschlich für schwanger gehalten wurde, der Erbe nicht transmittirt.[2]

Würde nämlich, wie man dies allerdings allgemein hat auffassen wollen, die Transmission hier nur deswegen zugelassen, weil der Erbe durch das positive *jus* selbst an der Adition gehindert ist und hierunter nicht leiden soll, so würde diese Billigkeit auch dann platzgreifen müssen, wenn neben diesem Hinderniß noch ein anderes und gleichfalls vorübergegangenes bestanden hat. Denn was könnte für jene Billigkeit darauf ankommen, ob der Erbe in einer Zeit, in welcher er trotz alles Wissens durch das jus an der Adition gehindert war[3], wußte, ob die Frau nicht schwanger war? Allein, wenn ein solches Hinderniß concurrirte, so hat sich der Erbe auch gar nicht innerlich als Erben gewußt, und die Nichtadition kann also hier auch nicht als die Bethätigung jener entscheidenden Erbgesinnung, als Darlegung jener die äußere Adition zurückdrängenden innern substantiellen Identität ausgegeben werden, als welche sie bei dem blos durch das SC. gehinderten Erben ausgelegt wird.

Nach dem Carbonianischen Edict kann der testamentarische Erbe, der den unmündigen präterirten filius als untergeschoben bestreitet, die bo-

[1] Ulpian, L. 3, §. 30 h. tit. (29, 5).

[2] §. 32 l. l.: „Si *et aliud* impedimentum sit de non adeunda hereditate, vel aperiundarum tabularum, sit et senatusconsulti, nihil prodesse impedimentum senatusconsulti, si et aliud fuit, veluti si praegnans uxor occisi fuit, vel etiam putabatur, et propterea adire hereditatem institutus non potuerit"; vgl. Papinian, L. 4 eod. tit.

[3] Es könnte darauf ebenso wenig ankommen, als es darauf ankommt, ob der von einer objectiven Bedingung abhängig gemachte Erbe vor dem Eintreffen der Bedingung vom Testament und der Bedingung weiß.

norum possessio secundum tabulas inzwischen nicht begehren, dieselbe wird vielmehr contra tabulas dem filius ertheilt und die Entscheidung des Rechtsstreits bis zur Zeit der eingetretenen Mündigkeit ausgesetzt.[1] Wenn nun der geschriebene Erbe während dieser Zeit stirbt, so soll — entscheidet Papinian — seinen Erben dennoch die Transmission eingeräumt werden.[2] Hier scheint bloße Billigkeit, damit das stattfindende Rechtshinderniß nicht zum Schaden gereiche, vorzuliegen. Gleichwol unterläßt Papinian selbst nicht in dem Schlußgrunde, den er dafür angibt, auf den tiefern Zusammenhang hinzudeuten: „Quid enim, si non potuerunt adire hereditatem jure cessante, vel ob litem in dubio constituti? Er reducirt also diesen Fall auf den andern, daß die Adition wegen eines bereits im Laufe befindlichen Rechtsstreits gehemmt ist. In der That ist dies aber gar kein anderer Fall, sondern es ist jener Fall selbst, der hier in Sprache steht. Der Rechtsstreit mit dem unmündigen angeblichen Sohn hat der Sache nach bereits begonnen, nur daß er mit einer Fristertheilung für letztern beginnt. Wer aber einen Rechtsstreit über die Adition führt, zeigt dadurch sehr entschieden, daß er sich innerlich als Erben auffaßt und bethätigt. Es ist wieder nur eine andere äußere Weise, die innerliche Willensidentification, die, wie wir zeigten, das allein Wirksame und Lebendige und das Erbthum Producirende im Additionsact ist, an den Tag zu legen. Es wird daher selbstredend erforderlich sein, daß der Erbe, um transmittiren zu können, auch wirklich weiß, daß der Sohn untergeschoben ist, was Papinian stillschweigend voraussetzt. Denn ohne dies entschiedene Wissen würde der Erbe auch sich nicht als Erben wissen und in seiner Willensinnerlichkeit dazu machen und als solchen festhalten können.

Daß dies wirklich die stillschweigende Voraussetzung Papinian's ist, ergibt sich schon daraus, daß, wenn die hinterlassene Frau schwanger zu sein behauptet, der eingesetzte fremde Erbe nicht antreten kann, wenn er nicht weiß, daß die Frau nicht schwanger ist, in welchem Fall er es allerdings kann.[3] Wie also, wenn nun dieser eingesetzte fremde Erbe während der angeblichen Schwangerschaft der Frau stirbt und der Leib sich darauf als leer erweist? Wird der Erbe auch in diesem Falle transmittiren? Er wird es nicht[4], und es tritt wieder hier hieraus, wie wenig die Transmission aus der sogenannten Billigkeit zu erklären ist. Es wird sich schwerlich als eine Billigkeit darstellen, daß der Erbe gerade

---

[1] L. 1; L. 3 de Carb. Ed. (37, 10); L. 2 de b. p. sec. tab. (37, 11).

[2] L. 12 de Carb. Ed. (37, 10).

[3] Siehe L. 30, §. 1, de acqu. her. (29, 2), u. oben S. 262 fg. darüber, und Papinian selbst in der bald zu beziehenden L. 84 eod. tit.

[4] L. 3, §. 32 (29, 5).

durch die billige Beachtung eines möglichen präterirten postumus, also gerade durch die Beachtung eines möglichen Familienrechts des Erblassers, sein Erbrecht verlieren soll. Aber der speculative Begriff schlägt durch, da durch jenen Zweifel der Erbe gehindert war, sich zur entschiedenen Willensidentification mit der Willenssubjectivität des Erblassers zu entschließen. Aber einen Fall gibt es dennoch, wie Papinian entscheidet, in welchem der während der Ungewißheit über die Schwangerschaft der Frau sterbende Erbe transmittirt. Und dieser Fall läuft darauf hinaus, wenn der eingesetzte Erbe zugleich auch als Intestaterbe des Verstorbenen mit dem etwa präterirten postumus geerbt hätte[1]: „Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium heredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est, quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri heres futurus est.[2] *Eademque ratio* facit, ut *emancipato quoque* subveniri debeat, qui *alterutro casu* rem omnimodo habiturus est." Worauf gründet sich nun aber dieser scheinbare Vorzug der gleichzeitigen Intestaterbqualität? Es muß nach dem Vorigen schon ganz evident sein, daß dies gar kein Vorzug des Intestaterbrechts ist, sondern die Sache vielmehr folgenden mit dem Vorhergehenden genau übereinstimmenden begrifflichen Zusammenhang hat: Wer eben so

---

[1] L. 84 de acqu. vel om. her. (29, 2); vgl. L. 4, §. 3; L. 5 de b. p. contra tab. (37, 4).

[2] Bis hierher spricht Papinian von einem filius, welcher der suus des Erblassers ist, und es kann dies vielleicht auffällig scheinen, weil ja der suus, da er eo ipso ohne Adition erwirbt, immer transmittirt, oder, richtiger gesagt, niemals transmittirt, da er stets die Erbschaft als eine schon erworbene auf seine Erben überträgt. Diese scheinbare Schwierigkeit aber beseitigt sich dadurch, daß hier von dem Falle eines präterirten postumus gehandelt wird, in welchem Falle, da durch seine Geburt das Testament fortfiele, die Erbschaft bis zur Entscheidung auch nicht einmal deferirt wird (Papinian, a. a. O.: „quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hereditas"), ohne Delation aber auch der suus nicht erwerben kann. Stirbt nun inzwischen der suus und wird kein postumus geboren, so hat sich freilich herausgestellt, daß er der Erbe war. Wird aber ein postumus geboren, so kann gegen den suus eingewendet werden, daß er, da er zu der Zeit, wo es gewiß wurde, daß der Erblasser als intestatus gestorben ist, nicht mehr lebt, aus der erst nach seinem Tode eingetretenen Intestatdelation nicht mehr erben kann. Dies wird nun eben von Papinian in der oben weiter erklärten Weise durch die Bemerkung beseitigt, daß der suus auf alle Fälle Erbe war, sein Erbthum auch für jeden derselben festgehalten hat, weshalb ihm im letztern Falle die Transmission eingeräumt wird. Denn es ist genau unterscheidend festzuhalten, daß dieser Fall — der vor der später erfolgten Geburt des präterirten postumus eingetretene Tod des suus — der einzige ist, in welchem der suus die Erbschaft nicht als erworbene vererbt, sondern blos das Recht auf dieselbe transmittirt.

erben würde, wenn kein postumus geboren wird, als mit diesem zugleich, wo durch seine Geburt das Testament rumpirt wird und Intestaterbschaft eintritt, der ist sich, weil er eben auf alle Fälle erbt (alterutro casu), nicht mehr ungewiß über seinen Erbcharakter, ist also nicht gehindert, sich als Willensidentität mit dem Erblasser festzuhalten. Nur über die bloße Thatsache, ob ein postumus geboren werden wird, nicht aber darüber, ob er Willensidentität mit dem Erblasser ist, ist er im Ungewissen. Nur über seine Erbportion — die aber (s. oben S. 265 fg.) nur das dem speculativen Begriff schlechthin Aeußerliche und Gleichgültige ist —, nicht aber über sein Erbthum ist er in Zweifel. Da er sich also jedenfalls innerlich als Willensidentität mit dem Erblasser festhält, somit die eigentlich geistige Thätigkeit und Bedeutung des Aditionsacts ausübt, und nicht die Entscheidung über sein Erbthum, sondern blos die quantitative Feststellung seiner Erbportion abwartet, so transmittirt er. Und es transmittirt daher auch der emancipirte Sohn, seitdem ihm einmal das Intestaterbrecht zugleich mit dem suus eingeräumt ist. — So tritt schon in dieser Entscheidung Papinian's das Wissen seines Erbthums für sich allein als die das Erbrecht dem Erben zu eigen machende (erwerbende) und daher transmittirende Thätigkeit hervor, wenn auch zunächst nur in einem Falle, in welchem dies Wissen durch das objective Recht gehindert wird, auch eine Entschließung an den Tag zu legen, und in welchem daher mit Recht vorausgesetzt wird, daß mit diesem Sichwissen als Erben auch das Sichwollen als solchen verbunden sei.

Wenn dies die besonderen Fälle sind, in welchen die Digesten die Transmission zulassen, und diese Fälle, wie gezeigt, sämmtlich darin übereinkommen, daß die geistige Thätigkeit der innern Willensidentification, welche das Wesen der Adition ausmacht, ausgeübt worden, und nur der äußere Aditionsact infolge der vom Erbrecht selbst gesetzten Hindernisse noch nicht vollzogen sei und sein konnte, so gelangen wir nun mit den Kaiserconstitutionen zu besonderen Klassen von Erben, denen die Transmission eingeräumt wird. So verordnet Theodosius zuerst im Jahre 426, daß[1], wenn einem Kinde (infans) eine Erbschaft hinterlassen worden, der väterliche Gewalthaber desselben sie auch noch nach dem Tode des Kindes antreten kann.

Es ist unschwer zu sehen, daß auch diese Transmission im Princip eigentlich keine solche ist, die zu Grunde liegende Anschauung vielmehr die ist, daß das Subject des Willens, welchem die Willensidentification angetragen worden ist — der gewalthabende Vater —, eben noch lebt, und diese Willensidentification jetzt daher von gar keiner andern Willens-

[1] L. 18 C. de jur. del. (6, 30).

subjectivität vorgenommen wird, als von der, der sie in letzter Instanz auch bisher schon angetragen war, und auf welche sie auch bei Lebzeiten des Kindes durch dieses hindurch und zurückwirkte. Und diese Veränderung ist bei Theodosius consequent, weil er, während früher das Kind selbst die Adition unter der Zustimmung des Vaters oder der Autorität des Tutors vornehmen mußte (s. oben Nr. XXXVII), dies in derselben Verordnung dahin abändert, daß jetzt Vater wie sogar Tutor ohne Beisein des Kindes (infans) in dessen Namen antreten können.[1]

Fünfundzwanzig Jahre darauf erläßt Theodosius eine andere Verordnung[2], nach welcher alle directen Descendenten, Söhne[3] oder Töchter, Enkel, Urenkel u. s. w., wenn sie von ihren Ascendenten zu Erben eingesetzt worden sind, die Erbschaft, wenn sie auch vor der apertura tabularum, und somit vor der Adition sterben, wieder auf ihre Descendenz in directer Linie transmittiren.

Wenn diese Verordnung einerseits durch den Gedanken der natürlichen Berechtigung der Familie auf das Vermögen der Aeltern hervorgebracht zu sein scheint, wie sie in der That auch erst in einer Zeit möglich ist, in welcher das Erbthum bereits seit lange in die Anschauung einer Vermögenshinterlassenschaft übergegangen ist, und in der sich infolge dessen die Familie seit lange die Stellung eines Notherben erkämpft hat, so ist dieser Gedanke dennoch offenbar unfähig, für sich allein die principale Erklärung der hier verordneten Transmission abgeben zu können. Denn principaliter ist dieselbe vielmehr gerade wiederum an die willkürliche Freiheit der testamentarischen Einsetzung als ihre Bedingung gebunden, und die Transmission tritt daher hier keineswegs als ein aus eigener Berechtigung herfließendes Inteſtaterbrecht der Familie auf (oder als gegen das Testament gerichtetes Notherbrecht derselben). Fühlt man daher dieser Verordnung an, daß sie in irgendeiner Weise mit der Idee der natürlichen Familienberechtigung in Zusammenhang steht, so wird man aber auch anfühlen müssen, daß sie ebenso wieder mit der Idee der unbeschränkten testamentarischen Erbeinsetzung verwachsen erscheint. Denn man wird zugeben müssen, daß sie der Idee des Familienrechts nur unter der Voraussetzung ihres eigenen Gegentheils, nämlich nur unter der Voraussetzung der willkürlichen testamentarischen Einsetzung der Familie durch den subjectiven Willen des Testators, eine

[1] Während er in Bezug auf den mehr als siebenjährigen Pupillen es beim alten Recht, daß er persönlich antreten muß, bewenden läßt, und daher ganz consequent diesem die Transmission nicht einräumt.

[2] L. un. C. de his qui ante etc. (6, 52); vgl. L. un., §. 5 C. de cad. toll. (6, 51).

[3] Es ist also in Bezug auf den Vater von emancipirten Söhnen, und in Bezug auf die Mutter von Söhnen überhaupt hier die Rede.

Einräumung macht. Der Widerspruch dieser beiden Gedanken scheint daher diese Verordnung zu einer unbegreiflichen zu machen, wie sie denn in der That durch keinen derselben anders als auf eine höchst abstracte, d. h. durchaus unwahre und den Begriff verfehlende Weise würde erklärt werden können. Ihre concrete begriffliche Erklärung ist vielmehr folgende.

Wir haben früher gesehen, wie und warum der suus, und zwar in ältester Zeit und nach strengstem Civilrecht, unmittelbarer Erbe ist, und wie er dies allerdings infolge seines Familienzusammenhangs mit dem Erblasser ist. Nicht aber durch ein ihm zustehendes Erbrecht — denn sonst würde ihm dasselbe niemals durch den bloßen und unbeschränkten Willen des Testators entzogen werden können —, sondern deshalb, weil er unmittelbare Willensidentität mit dem Erblasser ist, und daher, wenn er nicht aufgehoben wird, von selbst das schon ist, wozu ein anderer Erbe durch den Proceß der Willensidentification erst gemacht werden soll. Diese unmittelbare Willensidentität des suus wird, wie sie in der durch die väterliche Gewalt gegebenen Willenseinheit ihre begriffliche Grundlage hat, durch die Emancipation des Sohnes natürlich aufgehoben. Der Sohn tritt dadurch aus dieser Willenseinheit heraus, er tritt aus der Familie selbst heraus, da der Begriff der römischen Familie eben nichts anderes ist als die Willensidentität eines Personenkreises, der allein in dem Träger derselben seine berechtigte, für sich seiende Willenssubjectivität[1] hat.

Wer aber hier das sub Nr. XXI Gesagte, sowie unsere Entwickelung über den Inhalt des Erbbegriffs überhaupt, sorgfältig erwägt, wird es begreiflich finden, wenn wir sagen, daß durch die Erbeinsetzung des emancipirten Sohnes das zerschnittene Band der Familie gleichsam wiederhergestellt wird.[2] Natürlich! Was die Emancipation bewirkte,

---

[1] Dies ist auch der einzige und wahrhafte begriffliche Zusammenhang der Familie mit dem alten civilen Erbrecht. Die Familie ist coexistirende Willensidentität; das Erbthum ist aufeinanderfolgende, succedirende Willensidentität. Gerade darum hat die Familie nichts vor dem Erbthum voraus, kein begriffliches Recht auf Erbthum. Denn das Erbthum ist selbst familienbildend; dies Institut erzeugt selbst das, was in Rom auch die Idee der Familie ist. Die Familie ist, als schon vorhandene Identität, nur unmittelbarer Erbe, wenn der Wille sich nicht bethätigt hat, kann aber, da das Interesse lediglich in den subjectiven Willen und dessen Perpetuirung fällt, nicht die Substanz des Erbrechts und keine Instanz gegen den Willen bilden, da dieser, um dessen Erhaltung es sich allein handelt, gerade in unbeschränkter Freiheit, im Setzen und Aufheben sein Wesen hat, und das selbst schon in sich hat, was in Rom die Substanz auch der Familie bildet.

[2] Wie man auch analog sagen kann, daß der suus durch die exheridatio gleichsam aus der Familie entlassen, emancipirt wird.

war, daß der Sohn aufhörte, Willensidentität mit dem Vater zu sein, daß er fremder, selbständiger Wille wird. Was aber durch die Erbeinsetzung bewirkt wird, ist gerade, daß er wieder als Willensidentität mit dem frühern Gewalthaber gesetzt wird. Durch das Erbthum wird also der Emancipirte gleichsam zu einem wiederhergestellten *suus*.[1] Die große Härte, aber strenge begriffliche Consequenz des alten Civilrechts zeigt sich auch darin, daß, wenn der emancipatus zum Erben eingesetzt wird, kein Schatten der Erinnerung auf sein früheres Verhältniß zum Erblasser fällt. Er ist und bleibt, einmal gegen denselben fremd und selbständig geworden, wie jeder andere fremde Erbe für ihn. Die allmähliche Entwickelung und Erstarkung der Familienidee bewirkt jetzt aber, daß zur Zeit des Theodosius, wenn der Emancipirte zum Erben eingesetzt ist, sein früheres Verhältniß nun durchschlägt und als gleichsam wiederhergestellt erscheint. Diese Metamorphose in der Anschauung ist aber ebenso natürlich wie nothwendig. Denn dieser Zeit, die ein an und für sich seiendes Intestaterbrecht der Familie kennt, das der Testator nur bis zu einem gewissen quantitativen Punkte schmälern und auf einen Pflichttheil zusammendrücken kann, scheint durch die freiwillige Erbeinsetzung des emancipirten Sohnes die an sich seiende Berechtigung desselben — die jetzt als eine stets vorhandene angesehen wird und der der Vater nur entgegenhandeln kann — vom Vater nur anerkannt, dadurch die Aufhebung des ursprünglichen Zusammenhangs nur ihrerseits aufgehoben und hierdurch die frühere Berechtigung und Ursprünglichkeit wiederhergestellt zu sein. Es fällt für diese Zeit bei der Einsetzung des Emancipirten das Gewicht darauf, daß der Sohn eingesetzt worden, daß er als Sohn eingesetzt worden, wodurch das, was bei dem noch ungelösten Zusammenhang des suus von selbst da ist, nun durch die ihm übertragene Willensidentität in der frühern substantiellen Unmittelbarkeit wiedergekehrt zu sein scheint. Diese Metamorphose in der Anschauung ist um so natürlicher, als für diese Zeit der suus selbst sein Recht nur aus der natürlichen Familienabstammung zu schöpfen scheint, woher die falschen Definitionen von der „quasi debita hereditas" des suus fließen, die, nicht lange nach Theodosius, Justinian und zum Theil schon lange vor ihm Gajus gibt. Für den feinen begrifflichen Unterschied, der für das alte Civilrecht zwischen dem suus und dem eingesetzten emancipatus trotz der Einsetzung vorhanden ist — denn dieser wird durch die Einsetzung noch nicht Willens-

[1] Von dem eigentlichen suus kann natürlich die Rede nicht sein; denn dessen Begriff besteht gerade darin, von selbst und ohne Vermittelung da zu sein, während es der emancipatus erst durch Vermittelung der Erbeinsetzung wieder wird.

identität, er wird es erst durch die Antretung, während es der suus von selbst ist; es muß also auch bei ihm erst Identification stattfinden, ehe das frühere Verhältniß wiederhergestellt ist, nach der Identification besteht aber zu jedem andern extraneus dasselbe Verhältniß —, für diesen Unterschied hat diese Zeit keinen Sinn mehr. Der suus ist Sohn und Erbe. Der zum Erben eingesetzte Emancipirte ist gleichfalls Sohn und Erbe, und so scheint er durch die Einsetzung dasselbe, was jener ohne dieselbe, und mit einem Schimmer von Suität umgeben zu sein.

Als wiederhergestellter *suus* kommt ihm daher nunmehr die Unmittelbarkeit und die eigene, von selbst vorhandene Berechtigung desselben zu, sodaß ihm die Erbschaft, die als ein durch die Einsetzung nur anerkannter, d. h. als ein hierdurch nur zur gültigen Wirklichkeit erhobener, an sich seiender[1] natürlicher Rechtsanspruch des Sohnes aufgefaßt wird, jetzt schon vor der Adition zu gebühren scheint. Darum also transmittirt er, analog dem suus, und muß transmittiren, wenn diese Anschauung einmal gegeben. Nur daß erstens, da seine Unmittelbarkeit durch das Verhältniß der natürlichen Abstammung vermittelt ist, diese seine Unmittelbarkeit in ihm selbst nur so weit reicht, so weit jenes Verhältniß in Betracht kommt; d. h. es tritt die begriffliche Consequenz ein, daß er nur seiner Descendenz, nicht, wie der echte suus, auch seinen fremden Erben transmittirt. Und zweitens, daß er in der That nur transmitttirt, während der suus die Erbschaft als eine erworbene überträgt (außer in Fällen wie S. 312, Note 2).

Wollte man behaupten, daß durch diese Auffassung des zum Erben eingesetzten Emancipirten, als eines wiederhergestellten suus, ein Gedanke in die Verordnung des Theodosius hineingetragen wird, der ihr auch nicht in unbewußter Form zu Grunde liegt, so ist diese Behauptung so irrig, daß jene Constitution sogar in ihren Worten diese Anschauung auf das deutlichste heraustreten läßt. So drückt sich Theodosius daselbst von dem emancipirten Sohne, Enkel u. s. w. so aus: „. . . licet non sint invicem substitui seu *cum extraneis* seu soli sint institui.“ Indem er also die emancipirten Söhne, Enkel u. s. w., die doch selber *extranei* sind, den *extraneis* entgegensetzt, zeigt er deutlich genug, wie sie ihm eben keine extranei zu sein scheinen und der Begriff des extraneus sich ihm in denjenigen eines der Familienabstammung nach fremden Erben verzogen hat. Entscheidender noch ist zweitens der Umstand, daß Theodosius ihnen die Transmission des Erbthums einräumt, „sive *se noverint* scriptos heredes, *sive ignoraverint*“. Dies aber, daß nicht ein-

[1] Vgl. die Entwickelung im ersten Bande, §. 10, der Theorie.

mal das Wissen erforderlich ist, ist schlechterdings ein Umstand, den wir vor wie nach Theodosius nur beim *suus* finden (vgl. oben S. 257 fg.) und das Kennzeichen der Suität ausmacht. Selbst noch für die Justinianeische Transmission muß jeder wissen, der nicht suus ist. Drittens endlich bezeichnet Theodosius diese Erbschaft der Descendenten als eine „*tanquam debitam*", d. h. genau so, wie sonst nur vom suus gesprochen wird (s. oben Nr. XXI).

Justinian endlich durch die L. 19 C. de jure del. (6, 30) gibt allen Erben, wenn sie während des Deliberationsjahres sterben, das Recht, das Erbrecht allen ihren Erben zu transmittiren, sodaß diese nun innerhalb des von dem Deliberationsjahre noch übrig gebliebenen Zeitraums antreten können. Hier scheint also eingetreten zu sein, was wir S. 308 für unmöglich erklärten, und das Princip, daß erst durch die in der Adition vor sich gehende innere Willensthätigkeit die bis dahin blos factische Möglichkeit des Erben zum erworbenen und individuellen Recht werde, aufgegeben zu sein. Dennoch ist dies nicht der Fall, und selbst noch in dieser seiner entartetsten Gestalt bewahrt das römische Erbrecht seinen Zusammenhang mit dem speculativen Begriff des alten jus civile, bei jeder Entfernung von demselben und jeder Umgestaltung immer noch in dem eigenen Princip desselben das Princip der Entfernung und Umgestaltung selbst suchend. Die conditio sine qua non nämlich, unter welcher Justinian dem Erben dies Transmissionsrecht auf seine Successoren einräumt, ist die, daß er das oben entwickelte (Nr. XXXIV), zum Erbthum erforderliche Wissen gehabt habe.[1] Es bedarf aber nur der Erinnerung an das daselbst über dies Wissen und später über die Delation (Nr. XXXVIII) Gesagte, um den Gedanken dieser Verordnung und seine genaue Uebereinstimmung mit dem dort Erörterten klar hervortreten zu sehen. Auch das Wissen ist bereits, und vor der Entschließung des Willens, eine innere, und zwar die ideellste Thätigkeit des subjectiven Fürsichseins, dessen Herzensangelegenheit das römische Erbthum bildet. Indem der Erbe weiß, hat er bereits durch diese Thätigkeit den Willen des Erblassers zum Inhalt seines Fürsichseins gemacht und ihn so in erster Instanz sich angeeignet, zu seinem eigenen Fürsichsein erhoben. Darum ist es das Wissen, wie wir früher sahen, durch welches erst der Erbe die Delation bewirkt, sich selbst die Erbschaft anbietet. Dieses im Wissen gegebene Sichselbstanbieten seitens des Erben, diese erste vom Fürsichsein des Erben an demjenigen des Erblassers ausgeübte und dasselbe sich

[1] „. . . is, qui *sciens*, hereditatem sibi esse vel ab intestato vel ex testamento *delatam* etc. etc." Und bald darauf: „Si enim ipse, postquam *testamentum* fuerit insinuatum vel ab intestato vel aliter ei *cognitum* sit etc."

geistig aneignende Thätigkeit ist es, die Justinian hier — im Falle des Todes des Erben — als subjective Aneignung und daher als ein erworbenes Recht begründend auffaßt, dessen Wirksamkeit er nur durch eine äußere positive Frist begrenzt, und dem er daher innerhalb derselben transmittirende Kraft einräumt. Weil es die durch das Wissen bewirkte Delation als Sichselbstanbietung ist, die Justinian als diese die Entschließung des Annehmens oder Ausschlagens dem freien Willen noch vorbehaltende, aneignende Willensaction auffaßt, so bringt er dies Recht mit der Deliberation in Verbindung und erregt so den Schein, es auf ein besonderes jus deliberandi zu gründen.

Allein die Deliberation ist gar kein besonderer Rechtsfactor oder das Product eines solchen. Die Deliberation ist nichts anderes als der durch das Wissen und die von ihm hervorgebrachte Sichselbstanbietung, als welche sich uns die Delation ergeben hat, gegebene geistige Zustand des Erben. Was Justinian also daselbst von der Deliberation spricht, geht auf gar kein anderes begriffliches oder rechtliches Moment zurück, als auf jenes sich selbst deferirende Wissen, und dieses somit ist das die Transmission bewirkende Moment. Wenn daher der geistvolle Donellus diese Justinianeische Transmission so erklärt[1]: die Erben würden angesehen „deliberare de hereditate et *id jus deliberandi*, atque ex eo jus adeundi, si expediat, *sibi sumere*, quod sumtum et *velut suum factum*, non mirum, si ad heredes suos transferunt", so lassen die zuletzt hervorgehobenen Worte auf das trefflichste den wahren Begriff der Sache zum Vorschein kommen, und nur dies ist irrig daran, daß es eine besondere Thätigkeit des Deliberirens und ein besonderes *jus deliberandi* sei, was die Transmission begründe. Sondern es ist, wie gezeigt, lediglich das Wissen, welches, wie es die Delation bewirkt, soeben hierdurch von Justinian als die aneignende und darum das jus adeundi transmittirende Thätigkeit angeschaut wird.

Wie wenig das Deliberiren als ein besonderes Recht und Moment dabei in Betracht kommt, zeigt sich am deutlichsten daran, daß gerade, wer sich eine Deliberationsfrist ausgewirkt hat (si deliberationem meruerit), häufig sein Transmissionsrecht dadurch nur verkleinert. Denn wenn er nun stirbt, verbleibt seinen Erben nur der von jener Frist[2] etwa noch vorhandene Rest zum Antreten, während, wenn er sich gar keine Deliberationsfrist erwirkt und gar keine Absicht zu de-

[1] Comm., lib. VII, c. IV, p. 294.

[2] Und eine längere Frist als von neun Monaten und resp. einem Jahre kann gar nicht gewährt werden; siehe L. 22, §. 3 C. eod. tit. Dies ist das gesetzliche Maximum.

liberiren an den Tag gelegt hat (deliberatione minime petita), der zu einem vollen Jahre seit der Delation noch übrige Zeitraum zum Antreten bleibt; zwei Punkte, die sich mit voller Deutlichkeit aus der Verordnung ergeben und auch anerkannt sind.[1]

XL. Der concrete Begriff des civilen Intestaterbrechts und die Zwölf Tafeln. — Die alte usucapio pro herede. — Der Uebergang zur prätorischen bonorum possessio.

Wir haben bereits wiederholt (s. die Nrn. XXII und XXVI) die Stellung des Intestaterbrechts zum testamentarischen, oder, was dasselbe ist, die besondere Stellung des Intestaterbrechts zum Erbthum überhaupt, oder, was wieder dasselbe, den Begriff des Intestaterbrechts in allmählicher Entwickelung hervortreten lassen.

Allein diese Entwickelungen, die immer nur gelegentlich durch unsere Untersuchungen über das Erbthum überhaupt herbeigeführt waren, konnten ebendeshalb nur den ersten, noch blos formellen und abstracten, noch nicht den concreten Begriff des römischen Civilintestaterbrechts ergeben.

So wenig es nun auch in dem Plane dieses Werkes liegen kann, Dogmatik und Geschichte des Intestaterbrechts mit derselben Ausführlichkeit zu behandeln, mit welcher hier nur das römische Erbthum überhaupt — und deshalb auch sein begrifflich adäquatester Repräsentant, das testamentarische Erbthum — behandelt werden mußte, so würde unsere Aufgabe doch keineswegs gelöst sein, wenn wir nicht noch den concreten Begriff des Intestaterbrechts in seiner ganzen Bestimmtheit zur scharfen Entwickelung und zum positivem Erweis brächten.

Sowie aber der Begriff des Intestaterbrechts in seiner wahren Concretion nachgewiesen sein wird, werden verhältnißmäßig wenige Be-

---

[1] Siehe Donellus, a. a. O. — Ebenso wenig beabsichtigt Justinian, wie man irrig geglaubt hat, eine Deliberationsfrist durch diese Verordnung einzuführen und also den Grundsatz aufzuheben, daß es für den civilistischen Erben keine gesetzliche Frist zum Antreten oder Ausschlagen gibt (Gajus, II, 167), sondern nur als Transmissionsfrist, nicht Deliberationsfrist (nicht also als Frist für den fortlebenden Erben) wird jener einjährige Zeitraum von ihm eingeführt. Daß Justinian gar keine Deliberationsfrist festgesetzt hat, noch festsetzen wollte, ist bereits nachgewiesen von Vangerow im Civil. Archiv, XXII, 7; vgl. Puchta und Arndts in Richter's krit. Jahrb., 1840, S. 7 fg., 17 fg.; Mühlenbruch, Fortsetzung zu Glück, XLI, 295 fg.; Mayer, Erbrecht, §. 118, Note 22 u. 23.

merkungen genügen, um, im Verein mit dem, was bereits über den gesammten Gang der geschichtlichen Bewegung des römischen Erbrechts dargethan worden ist, sowie im Verein mit dem, was, außer über das civile Intestaterbrecht selbst, bei der Inofficiositätsquerel und an verschiedenen andern Orten von uns bemerkt worden ist, die dogmatischen Unterschiede wie die geschichtliche Bewegung des römischen Intestaterbrechts in das hellste Licht zu setzen.

Das alte Intestaterbrecht des römischen jus civile kennt bekanntlich weder Notherbenrecht noch Pflichttheil. Dies juristische Factum, in die Sprache des Gedankens übersetzt, heißt somit nichts anderes, als daß das Intestaterbrecht keine selbständige Instanz dem Testator gegenüber bildet[1], mit andern Worten, daß es nur subsidiarisch platzgreift, wenn der individuelle Wille des Erblassers nicht gesprochen hat. Jeder dieser beiden Sätze heißt aber, in seinem Begriffe ausgedrückt, nichts anderes als: daß das civile Intestaterbrecht nicht die Bedeutung haben soll, als ein dem individuellen Willen principiell Anderes und Gegenüberstehendes in Betracht zu kommen.

Das Intestatgesetz tritt also nicht *qua* Gesetz ein, als ein gegen den individuellen Willen Selbständiges und ihm Gegenüberstehendes, sondern nur als ein mit ihm Identisches, d. h. nur als der vorausgesetzte individuelle Wille tritt es ein; nur als solche Ergänzung des eigenen, nicht ausgedrückten Willens des Individuums (voluntas tacita) greift es platz.

Es ist dies somit derselbe Begriff des Intestaterbrechts, der sich uns schon früher ergeben hat, nur daß wir ihn hier in einer verschiedenen Weise entwickelt haben. Gingen wir zuerst (vgl. S. 22, Note 2, und Nr. XXII und XXVI) von dem römischen Hauptsatze, dem Satze Ulpian's (L. 39 de acqu. her. 29, 2), daß die Intestaterbschaft nur subsidiarisch deferirt wird, als von dem Beweise aus, daß das Intestaterbrecht nicht das Principale und Substantielle, und ebenso wenig das gleichberechtigt und kämpfend Coordinirte des römischen Erbthums sein könne, so haben wir umgekehrt jetzt und schon in den angezogenen Nummern, in denen wir uns mit dem Intestaterbrecht beschäftigten, diesen Satz Ulpian's als eine nothwendige Folge des inwendigen Begriffs der Sache entwickelt. War unsere Entwickelung in den vorbezogenen Abschnitten die, daß wir von dem speculativen Begriff des Erbthums

[1] Wie groß erweist sich also beim ersten Schritt eingehender Gedankenbetrachtung der Irrthum der Autoren, welche bisher das Testament vielmehr als eine Dispensation von der primo loco vorhandenen gesetzlichen Intestaterbfolge, und diese als das Wesentliche des Erbrechts überhaupt, aus welchem sich das Testament erst als Surrogat entwickelt habe, oder beide, Testament und Intestaterbrecht, als gleichberechtigte und kämpfende Gegensätze auffassen!

überhaupt als der Willensfortexistenz ausgingen und so zu der nothwendigen Consequenz gelangten, daß, wenn alles Erbthum nur Perpetuirung der Willenssubjectivität durch eine andere mit ihr identische ist, das Intestaterbthum, wenn es und da es noch Erbthum überhaupt sein soll, nichts anderes als diese Fortexistenz durch den aus dem eigenen Willen des Todten vorausgesetzten Willensträger sein kann, — so sind wir jetzt zu diesem selben Satze auf eine weniger vom Begriff als vielmehr vom Positiven des Römischen Rechts ausgehende Weise gelangt. Denn wir sind jetzt zu ihm gelangt von der bloßen positiv-materiellen Thatsache des römischen Civilintestaterbrechts aus, daß es weder Notherben noch Pflichttheil kennt, eine Thatsache, die nur als inhaltlicher Gedanke dasselbe ausdrückt, was die subsidiäre Stellung des Intestaterbrechts in formeller Hinsicht. Und freilich mußten beide Wege zu demselben Resultat führen, denn diese positive Thatsache ist gar nichts anderes als das im Intestaterbrecht sich manifestirende Dasein seines Begriffs.

Aber weiter als früher sind wir mit dieser blos verschiedenen Herleitung noch nicht gekommen. Der hier entwickelte Begriff des Intestaterbrechts ist noch ganz derselbe, und daher auch ganz ebenso abstract und nur noch formell, wie er dies in unsern frühern Erörterungen in den Nrn. XXII und XXVI war, auf welche wir hier vor allem in allen ihren Punkten zurückverweisen müssen.

Das heißt: In Wahrheit scheint hier wie dort der Begriff nur noch abstract und blos formell zu sein, weil das bereits in ihm ruhende Inhaltliche oder Concrete noch nicht zum Vorschein gebracht worden ist.

Um dies zu leisten, um den inhaltlichen Begriff des römischen Civilintestaterbrechts in seiner ganzen Concretheit hervortreten zu lassen, wird zunächst nur eine Frage erforderlich sein. Die Frage nämlich: Wenn alles Intestaterbthum, wie wir sahen, nur als der vorausgesetzte Wille des Individuums platzgreift, wenn dies sein formeller Begriff ist, nur der nicht-ausgedrückte Wille des Individuums und die Ergänzung desselben zu sein — welches ist denn der nicht-ausgedrückte Wille des Individuums?

Mit der sich in einen kurzen Satz zusammenfassenden Beantwortung dieser Einen Frage wird sich — so groß ist die Macht des concreten Begriffs — von selbst alles Weitere über Dogmatik und geschichtliche Bewegung des Intestaterbrechts ergeben, in noch reicherer und speciellerer Weise, als wir, die wir es hier unserm Zweck nach eigentlich nur mit der festen Constatirung dieses Begriffs und nicht mit einer besondern selbständigen Behandlung der intestaterbrechtlichen Materie zu thun haben, hier auszuführen vermögen.

Welches ist also der nicht-ausgedrückte Wille des Individuums? Wenn das Individuum keinen besondern subjectiven Willen ausgedrückt, wenn es sich nicht als besondern Willen gesetzt hat, so bleibt als sein Wille nur — das allgemeine Wesen des Willens übrig. Oder schärfer: der sich nicht besondernde Wille — ist der allgemeine Wille.

Denn der besondere Wille ist ja selbst erst diese Thätigkeit des allgemeinen Willens, sich als besondern zu setzen. Ehe er sich also zu einer Besonderheit bestimmt hat, ist seinem eigenen logischen Begriffe nach im Willen eben nur sein substantiell-allgemeines Wesen vorhanden.

Dieser tiefe Satz der speculativen Logik[1] ist es, den das römische jus civile erfaßt und in seinem Intestaterbrecht mit gewaltiger begrifflicher Consequenz verwirklicht. Der sich nicht als ein besonderer setzende individuelle Wille ist also identisch mit dem allgemeinen Wesen des individuellen Willens, oder dem Volksgeist, dem das Individuum angehört.

Dieser Wille hat also keinen andern Inhalt als den allgemeinen Willen des Volkes, oder den Staat, in dessen Organisation derselbe verwirklicht ist. Die durch das Band der Gewalt vermittelte Personengemeinschaft[2] oder die Agnaten, die Einheit des Stammes oder die Gentilen, sind daher, als die Basen, auf welchen die römische Gesellschaft überhaupt beruht, auch die Basen des Intestaterbrechts. Oder das civile Intestaterbrecht ist, wie wir das bald noch näher aufzeigen werden, im strengsten Sinne ein Erbrecht der *ordo*; es ist ein Einrücken der Reihenfolge von Grundlagen, in die das Allgemeine, der Staat, sich organisch gliedert.[3]

---

[1] Denn er ist nur eine Folge des logischen Fundamentalgesetzes, daß das Besondere überhaupt nur die Thätigkeit des Allgemeinen ist, sich zum Besondern zu bestimmen, zu differentiiren. Siehe Hegel's Logik, Bd. 2, Die Lehre vom Begriff und seine Momente: das Allgemeine, Besondere und Einzelne.

[2] Es wird nützlich sein, sich dieses genauern Ausdrucks zu bedienen, als des Wortes: Familie, mit welchem nun einmal in germanischer Zeit stets der Begriff der natürlichen Verwandtschaft verbunden, und so sein römischer Sinn durchaus verändert wird.

[3] Von hier aus erklärt sich nun auch sofort nicht nur das spätere Erbrecht des Fiscus, sowie das Recht desselben auf die Caducitäten, sondern auch das Erbrecht der Curie (Theodosius, L. 4 C. de her. dec., 6, 22), des collegii naviculariorum, des cohortalis, das von Konstantinus ertheilt wird (siehe L. 1 u. 3 C. de her. dec., 6, 62); das Erbrecht des collegii fabricensium, das von Theodosius (L. 5 C. eod. tit.), das Erbrecht der Legionen, das schon von Hadrian, und das Erbrecht der Reiterei, das von Konstantin ertheilt wird (L. 17 D. de just. rupt. et irr. test., 28, 3. — L. 4, 17 D. de fideic., 40, 5. — L. 2 C.

Fassen wir zunächst den concreten Begriff der römischen Intestaterbfolge, wie er sich uns nunmehr bestimmt hat, scharf zusammen.

Der wahre und concrete Begriff der römischen Intestaterbfolge ist also:

der allgemeine Wille des Volkes, aufgefaßt, vorausgesetzt und geltend als der Wille dieses bestimmten Individuums.[1]

---

de her. dec., 6, 62), sowie das von Theodosius gegebene Erbrecht der Kirche (L. 10 C. de episc. et cler., 1, 3). Als ein Erbrecht der *Standesgemeinschaft*! Lange nachdem das jus gentilitium untergegangen, weil die Stamm- und Geschlechtereintheilung aufgehört hat, die Grundlagen des römischen Volkslebens zu bilden, und selbst bis auf die Erinnerung zu Grunde gegangen ist, lange nachher kann und muß an die Stelle der Gentilen nun das Intestaterbrecht dieser Standesgenossenschaften treten. Denn bei der ganz veränderten Gestalt, welche die römische Gesellschaft inzwischen erhalten hat, sind *diese* ordines, die durch die *Lebensbeschäftigung* gebildeten Reihen und Klassen, Stände und Kreise, auf welchen *die Gesellschaft jetzt beruht* und in die sie sich *gliedert*, eben das, was an die Stelle der frühern gentes getreten ist. — Es ist also von der höchsten, folgenreichsten Wichtigkeit, zu begreifen, wie in diesem Erbrecht der Beschäftigungs- und Erwerbsgenossenschaft noch *unverändert derselbe Intestaterbfolgebegriff* thätig ist, der früher den *Gentilen* die Intestaterbschaft überträgt, nur daß eben in der so veränderten Gesellschaft jene statt dieser zu den Grundlagen derselben geworden sind. Die *Wirklichkeit* der römischen Gesellschaft hat sich geändert, und damit tritt unter Festhaltung *desselben* Intestatbegriffs dieses Erbrecht der Genossenschaften an Stelle dessen der verschwundenen gentes.

[1] Es ist vielleicht nicht ohne Interesse zu sehen, wie in dem *romanischen* Geist der Päpste, trotz aller Umgestaltungen der Begriffe wie der Verhältnisse, immer in gewisser Weise dieser ursprüngliche Geist des altrömischen jus civile fortlebt. Denn nichts anderes als der oben entwickelte Begriff liegt der gegen die französische Krone geltend gemachten Forderung des Papstes Innocenz IV. zu Grunde, daß die Güter *aller intestato verstorbenen Geistlichen*, gleichviel ob sie noch so nahe Blutsverwandte hinterließen oder nicht, der Kirche zufallen sollten (s. Matthieu, Paris. Hist., p. 774 an 1246, Regierung von Heinrich III.). Die in der vorigen Note angezogenen Kaisergesetze über das Erbrecht der Kirche und des Standes bilden durchaus keine ausreichende Analogie hierfür, da sie alle nur für den Fall verfügen, daß keine erbfähigen Verwandten da sind. Zum Verständniß dieser Forderung muß man sich erinnern, daß die Geistlichen im Mittelalter überall unter *Römischem Recht* standen, statt unter Landesgesetz. Nach dieser Bemerkung muß die Analogie mit dem Obigen klar sein. Nicht nur in geistlicher, sondern auch in *Rechtsgemeinschaft* nur mit der Kirche, ist es das *rein Allgemeine* dieser letztern selbst, womit der einzelne Geistliche zusammenfällt, wenn er keinen *besondern* Willen gesetzt hat. An die Stelle der Agnaten und Gentilen des jus civile rückt die keine solche Gliederung innerhalb ihrer kennende einfach allgemeine Substanz der Kirche selbst.

Bloße Habsucht reicht zur Erklärung der *Möglichkeit* einer so exorbitanten Forderung nicht aus, auch schon deshalb nicht, weil sie sich dann ebenso sehr und vor allem gegen das *Recht* der Geistlichen, zu *testiren*, hätte richten müssen.

Es ist von der höchsten Wesentlichkeit, keine von diesen beiden Seiten des altrömischen Intestaterbbegriffs zu übersehen. Welche von beiden man übersieht, fällt man jedesmal nothwendig in ein immenses und gänzliches Misverständniß des Geistes des römischen Intestaterbrechts, und zwar, obwol aus entgegengesetzten Gründen, dem Resultat nach immer in dasselbe Misverständniß, wie wir später noch zeigen werden.

Nur durch die Erfassung des römischen Intestaterbrechts, als der Einheit dieser entgegengesetzten Momente, begreift sich die Einheit, in welcher es mit dem testamentarischen Erbrecht steht und, gleich diesem, individuelle Willensfortexistenz bildet, d. h. den Begriff des Erbthums überhaupt erfüllt, und wie es dennoch in jenen bestimmten und schneidenden Gegensatz mit der testamentarischen Willensgeltung treten muß, der den Satz: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest", zu seinem nothwendigen Ausdruck hat.[1]

Noch einmal ergibt sich hier das Verständniß dieses, das gesammte römische Erbrecht beherrschenden Princips. Denn da der individuelle Wille nur dadurch, daß er sich nicht als besonderer setzt, als identisch mit dem allgemeinen Willen vorausgesetzt wird, so ist, wo einmal diese Voraussetzung gemacht werden muß, jede Besonderheit im Inhalt des Willens schlechthin ausgeschlossen und die strenge Identität mit dem Allgemeinen gesetzt, was den Schein gibt, daß das Gesetz als solches verfüge. Und umgekehrt: Wenn zugegeben wird, daß der Wille sich thätig als besonderer gesetzt habe, kann nicht davon die Rede sein, ihn als identisch mit seiner ruhenden Allgemeinheit aufzufassen und also die Intestatordnung eintreten zu lassen. Eine Theilung, welche möglich und logisch wäre, wenn der Begriff des römischen Erbrechts eine Vermögensübertragung wäre, ist ebendeshalb schlechthin unmöglich, weil es nur Perpetuirung der Willenssubjectivität ist, die durch ihr ausdrückliches Sichselbstsetzen das Eintreten ihres bloßen Vorausgesetztseins unzulässig und logisch-unmöglich macht. Solange man also diesen Satz: Nemo pro parte etc., als ein im geringsten Befremdendes oder als ein äußerlich-historisch zu Erklärendes, oder solange man ihn mit Gans — obwol diese Ansicht bereits einen Fortschritt darstellt — als den Ausdruck eines Kampfes zwischen Intestatrecht und Testamentsrecht als zwei entgegengesetzter Principien, als den Gegensatz „der Willkür des Individuums" und der „Sittlichkeit der Familie" auffaßt, oder solange man ihn überhaupt anders auffaßt als ein bei Zugrundelegung des historischen Begriffs des römischen Geistes noth-

[1] Vgl. oben Nr. XXVI.

wendiges logisches Denkgesetz, liefert man hierin den besten Beweis, den Geist des gesammten römischen Erbrechts verfehlt zu haben.[1]

Sehr richtig sagt Pomponius: dazwischen, d. h. zwischen diesen Thatsachen, finde ein natürlicher Kampf statt (*earumque rerum* naturaliter pugna est), ob jemand testato oder intestato gestorben sei, und dieser Gegensatz ist eben oben entwickelt; aber er sagt nicht, daß zwischen Testamentsrecht und Intestatrecht ein Kampf stattfinde, wie es Gans (II, 451 fg.) völlig unbedeutend und höchst irrthümlich auffaßt. Es ist vielmehr gerade die ruhige Einheit von Testaments- und Intestatrecht, die Idee des Erbthums als der Willensperpetuirung, welche jenen sich ausschließenden Gegensatz in der Form, in welcher der Wille eines bestimmten Todten fortexistirt, hervorbringt. Gerade durch diese irrige Auffassung des Testaments- und Intestaterbrechts als eines sich bekämpfenden Dualismus wird nun auch die gesammte Auffassung der historischen Bewegung bei Gans genöthigt, eine falsche zu werden, oder vielmehr es ist ein sich gegenseitig bedingendes Verkennen des Erbrechts auf allen seinen Punkten. So faßt Gans und andere diese historische Bewegung, z. B. die Inofficiositätsquerel (II, 116 fg.), als ein Einbrechen der Idee des Intestatrechts in das System der testamentarischen Willkür.

Allein was hat die Inofficiositätsquerel mit dem Gedanken des Intestaterbrechts zu thun?

Ist sie ein Recht der ordo der Agnaten und Gentilen? Sie steht vielmehr von vornherein auf dem prätorischen Boden der natürlichen Familie (Cognation), denn sie ist allen Cognaten gegeben. Sie ist wirklich das, wofür man bisher mit Unrecht die Intestaterbfolge des jus civile gehalten hat, sie ist wirklich das erste Hereinbrechen der Idee der „natürlichen Erbfolge" der verwandten Personen oder des Familienrechts, und ebendeshalb von dem Intestatsystem der ordo und dem testamentarischen System gleichweit entfernt. Wir haben gezeigt, welches der wahre Kampf und das wirkliche Bewegungsprincip des römischen Erbrechts ist. Es ist der Kampf und die Abreibung des erblasserischen Willens an dem erbenden Willen oder der leise Uebergang des Erbthums als Willensfortsetzung in den Gedanken des Vermögenserwerbs.[2] Sowie das Vermögen anfängt, das

[1] Siehe als Anmerkung hierzu die Kritik des Huschke'schen Aufsatzes als besondere Beilage am Schluß dieser Nummer.

[2] D. h. wir zeigen hier, das sub Nr. VII Gezeigte recapitulirend, wie innerhalb des reinen Civilrechts selbst diese Bewegung schon vorhanden ist, es zum Vermögenserbthum umzubilden. Innerhalb des reinen Civilrechts kann aber diese Bewegung, wegen der Festigkeit seines Begriffs, nicht zu ihrem nothwendigen Ziele bringen; innerhalb des reinen Civilrechts bleibt daher die lex Falcidia der

Erbthum als Substanz zu durchdringen, ist es natürlich, daß sich jetzt auch das natürliche Recht der Familienglieder geltend zu machen anfängt, zumal jetzt auch der Erbe nothwendig mit Vermögen befaßt ist, während früher die Familienglieder durch Legate weit reichlicher bedacht werden konnten als der Willenscontinuator. Sowie im civilistischen Erbthum überhaupt die Willenssubjectivität des Erblassers anfängt, statt die des Erben zu verschlingen und als ihre Fortexistenz zu setzen, vielmehr negirt zu werden und unterzugehen in diejenige des Erben, der bei diesem einbrechenden Dualismus zu seiner Substanz und seinem Interesse das Vermögen hat, da muß dasselbe Ankämpfen wie gegen das civilistische Princip des Erbthums überhaupt, so auch gegen das des Intestatrechts insbesondere einzutreten anfangen.

Es ist daher wieder eine chronologische Gleichzeitigkeit von hohem speculativen Interesse, daß gleichzeitig mit der Bewegung der lex Furia — Voconia — Falcidia, die jenes erste Ankämpfen, wie wir gesehen haben, darstellt, auch die querela inofficiosi sich zu entwickeln beginnt, die, indem sie von vornherein auch den Cognaten gegeben ist, dieselbe innerliche Reaction gegen das Princip des civilen Intestatrechts darstellt, die sie gegen das Testament offen vollbringt, ein Ankämpfen, dessen zitternde, sich selbst verleugnende Form, in der es zuerst auftritt, wir bereits mit seiner weitern Entwickelung betrachtet haben (Nr. X), und welches gleichwol von vornherein der erste Schritt des prätorischen Princips ist, sich in das Civilrecht hinein und an dessen Stelle zu setzen.

Wir sagten aber noch vorher, daß, welche von den beiden Seiten, die in dem speculativen Begriff des Intestatrechts geeint sind, man auch

---

äußerste Schritt auf dieser Laufbahn. Aber wir werden noch zu Ende der gegenwärtigen Nummer sehen, wie das Civilrecht selbst noch den andern Trieb in sich hat, das Erbrecht qua Vermögenserwerb als ein von ihm verschiedenes und anderes Recht außerhalb seiner zu setzen — das prätorische Erbrecht der bonorum possessio. Die Bewegung des Römischen Rechts ist daher die gedoppelte: die Bewegung des reinen Civilrechts innerhalb seiner selbst dem Princip des prätorischen Erbrechts, dem Erbrecht als Vermögenserwerb, entgegenzukommen, und diese Bewegung führt nicht sehr weit in ihren praktischen Resultaten. Dann aber die Bewegung des vom Civilrecht selbst, auf Grund seines in ihm vorhandenen Keimes, als ein gegen es anderes Recht außerhalb seiner gesetzten prätorischen Erbrechtsprincips, welches, sich selbständig entwickelnd, in den Kreis des Civilrechts einzubrechen und sich an seine Stelle zu setzen sucht — und diese Bewegung hat die entscheidende Auflösung des jus civile zu ihrer Folge. In beiden Bewegungen aber herrscht Ein Princip. Nur durch das Erfassen dieser beiden Bewegungen kann die römische Rechtsgeschichte begriffen werden. Zu seinem concreteru Verständniß aber wird das hier Gesagte erst am Ende dieser Nummer gelangen.

übersehe, man jedesmal in ein immenses und, obwol aus entgegengesetzten Gründen, im Resultat in dasselbe Misverständniß des Intestatrechts verfallen müsse. Dies ist nun zunächst zu zeigen.

Alle bisherigen Autoren stimmen darin überein, das civile Intestaterbrecht als ein wahres Familienrecht aufzufassen. Die Folgerung, die Gans hieraus zieht, ist, daß ihm Intestaterbrecht und testamentarisches in einem bloßen einheitslosen Dualismus zueinander stehen. Hier wird also die begriffliche Einheit beider verkannt, die sich schon ganz äußerlich darin ausspricht, daß beide eben Erbrecht sind. Diese Institute werden ihm so zu schlechthin miteinander kämpfenden Gedanken, die keinerlei Gemeinschaftlichkeit ihres Gedankeninhalts haben, deren Nebeneinanderbestehen daher schlechthin unbegreiflich bleibt und deshalb von ihm als eine historische Stammesverschiedenheit der Patricier und Plebejer zu erklären versucht wird, eine Erklärung, die einerseits historisch völlig unhaltbar, und andererseits nichts anderes als der von vornherein ausgesprochene Verzicht auf die Forderung des Begriffs ist, den römischen Geist als eine Einheit seiner Gegensätze zu begreifen. Und sicherlich, wenn die Gegensätze, weil sie speculative Gedankengegensätze sind, scharf und schneidend sind und sein müssen, so kann doch nirgendswo weniger als gerade in Rom und gerade im römischen jus civile die schlechthin geschlossene geistige Einheit, welche diese Gegensätze durchdringt, geleugnet werden.

Gans, der große Gegner der historischen Schule, verfällt daher, indem er die Gegensätze, statt sie als Momente aus der Einheit des speculativen Begriffs hervorgehen zu lassen, als eine durch keinen Gedanken geeinte, sich blos äußerlich gegenüberstehende historische Stammesverschiedenheit hinstellt, hier selbst in den von ihm der historischen Schule so lebhaft vorgeworfenen Fehler, das aus dem Gedanken Abzuleitende als ein äußerlich und historisch Gegebenes vorauszusetzen. Selbstredend wird bei dieser Anschauung, die nur eine Folge davon ist, daß Gans gar nicht den speculativen Erbthumsbegriff überhaupt, sondern nur die empirische Verstandesvorstellung von demselben in der Hand hat, der Geist des Intestaterbrechts in seiner Bestimmtheit ebenso verfehlt, wie der des testamentarischen.

Da diese einheitslose Anschauung mit Recht kein Glück machen konnte, so haben Böcking und Andere, immer von jenem Grundirrthum ausgehend, daß das römische Intestaterbrecht seinem Gedanken nach wahres Familienrecht sei, die andere Folgerung gezogen (vgl. oben S. 22, Note 2), daß das Familienerbrecht die principale Substanz alles römischen Erbrechts überhaupt sei, deshalb die gesetzliche Erbfolge sei, und daß der rechtlichen Willkür des Einzelnen nur gestattet sei, davon abzuweichen u. s. w.

Allein fast noch mehr als bei der vorigen Auffassung wird bei dieser die Stellung beider Systeme zueinander verkannt und der Geist eines jeden von beiden misverstanden. Dies spricht sich am kürzesten schon in der hier vorgegangenen totalen Verrückung der formellen Stellung aus, welche beide Systeme zueinander haben. Diese Autoren übersehen, daß sie hierdurch das Testamentsrecht zu einem *subsidiarischen* gegen das Intestatrecht machen und sich dadurch in den offensten und directesten Widerspruch mit den Texten versetzen, welche das Intestaterbrecht vielmehr für das, was es ist, für *ein subsidiarisches des testamentarischen Rechts* (Ulpian, L. 39 de acqu. her. 29, 2) erklärten.

Wenn aber beide Irrthümer nur die Folge von der Auffassung des Intestatrechts als eines auf die Verwandtschaft basirten Familienrechts sind, so ist dieser Grundirrthum selbst wieder, wie sich jetzt zeigt, nur die *nothwendige Folge* von dem Uebersehen der einen der beiden oben erörterten Seiten, die im Begriff des römischen Intestaterbrechts geeint sind. In der That, *welche* von diesen beiden Seiten man auch übersieht, so wird es beidemal dahin führen müssen, das Intestaterbrecht als Familienrecht aufzufassen. Uebersieht man das Moment des (vorausgesetzten) individuellen Willens, so erscheint das Intestaterbrecht als das *eigene* und vom *Gesetz als solchem* anerkannte *Recht der Familie*. Uebersieht man dagegen das Moment des *allgemeinen* Willens, mit welchem der sich nicht-besondernde Wille des Individuums zusammenfällt, so erscheint das Intestaterbrecht als *bloßer präsumtiver Wille* der Person und daher als Präsumtion ihrer *individuellen*, auf die *Familie gerichteten Gesinnung* (Familienliebe als Princip). Wie wenig aber das Intestaterbrecht ein *Familienrecht* in dem mit diesem Worte stets verbundenen Sinne ist, liegt unter anderm z. B. ganz deutlich schon darin, daß, wenn der *nächste* berufene Agnat ausschlägt oder stirbt, das Erbrecht der ganzen *Klasse* der Agnaten fortfällt. Es zeigt sich hierin wieder nur, daß es nicht die *verwandten Personen* sind, die *als solche einen eigenen* Rechtsanspruch haben, oder denen vom *Gesetz* ein solcher gegeben wird, oder die als Gegenstand der Familienliebe als Erben präsumirt werden, sondern daß es die *strenge Idee der ordo* ist, die dem alten Intestatrecht zu Grunde liegt, und werden wir hierauf später noch näher zurückkehren.[1]

[1] Es ist übrigens selbstredend, daß alle diese Irrthümer eine unvermeidliche Consequenz des ersten und fundamentalen Irrthums sein mußten, das römische Erbrecht überhaupt als *Vermögensrecht* und *Vermögenserwerb* statt in seiner speculativen Wahrheit als *Willensperpetuirung* aufzufassen. Natürlich lag dann täuschend nahe, das Intestaterbrecht der Agnaten für einen Rechtsanspruch dieser Personen auf das *Vermögen* des Hingeschiedenen zu nehmen.

Mit dem entwickelten Begriffe des römischen Intestaterbrechts, dem allgemeinen Willen, vorausgesetzt und geltend als der individuelle Wille dieses bestimmten Individuums, stimmt nun alles Reale und Formale des römischen Intestatrechts bis in seine kleinsten Einzelheiten genau überein.

Zuerst stimmt damit auf das schlagendste überein die feststehende Thatsache[1], daß in den Zwölf Tafeln die testamentarische Erbschaft den Bestimmungen über die Intestaterbfolge vorangestellt ist.[2]

Die betreffenden Zwölftafelstellen lauten in ihrer Aufeinanderfolge also:

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto.

Si adgnatus nec escit, gentilis familiam nancitor.[3]

In gewaltigster monumentaler Steinschrift enthalten diese drei kurzen Sätze durch das, was sie sagen und nicht sagen, ausdrücklich verfügen und voraussetzen, vor- und nachstellen, in graphischster Kürze das Ganze der von uns vorangeschickten Auflösungen.

Zuvörderst tritt, statt befremden zu können, jetzt sehr bedeutsam hervor, daß die Zwölf Tafeln eigentlich über das testamentarische Erbthum selbst, über die Freiheit dieser Erbeinsetzung nichts verfügen und erwähnen. Nur über die Freiheit des Legirens wird verfügt, derjenigen der testamentarischen Erbeinsetzung nicht einmal Erwähnung gethan.

---

[1] Siehe die gelehrten Untersuchungen Dirksen's über die Zwölftafelfragmente (Leipzig 1824), S. 290.

[2] Ebenso ergibt sich jetzt die innere Nothwendigkeit der in den Zwölf Tafeln befolgten „Verbindung des Erbrechts mit der Vormundschaft; denn die letztere erscheint im alten römischen Civilrecht hauptsächlich auf die Voraussetzung der Erbfolge gegründet" (Dirksen, a. a. O., S. 289). Das Warum hiervon muß jetzt durchaus evident sein. Wenn das Erbthum nur die fortexistirende Willenssubjectivität des Todten ist, so ist die Verbindung desselben mit der Tutel so einleuchtend, daß wir es für überflüssig gehalten haben, dieselbe einer besondern Erörterung zu unterziehen, welche den Ausgangspunkt zu einer selbständigen Darstellung der Tutel bilden müßte. Nur die Bemerkung mag hier ihren Platz finden, daß die Ansicht von Gothofredus, die Behandlung der Vormundschaft habe in den Zwölf Tafeln einen bloßen Anhang der Darstellung vom Erbrecht ausgemacht, jetzt eine große innere Bestätigung gewinnt gegen Dirksen's Meinung (a. a. O.), daß jene Lehre „ungleich natürlicher den Uebergang von dem Familienrecht zum Erbrecht vermittelt habe", weshalb er die betreffenden Fragmente auch an den Anfang der fünften Gesetzestafel stellt (vgl. daselbst S. 728). Davon, daß die Tutel den Uebergang vom Familienrecht zum Erbrecht vermittele, wird jetzt offenbar nicht mehr die Rede sein können, sondern umgekehrt das Erbrecht als Ausgangspunkt der Tutel zu fassen sein.

[3] Siehe die fünfte Tafel, Fr. 3—5, bei Dirksen, a. a. O., S. 729.

Aber mit der Frage nach diesem, auf den ersten Moment befremdenden Umstand ergibt sich jetzt auch zugleich die Antwort.

Niemals, außer in Zeiten höchster Reflexion, wird ein Volk unmittelbar und verfügend das in seinen Gesetzen aussprechen, was die gesammte Substanz seines Geistes, die ganze Voraussetzung seines geistigen Daseins, und mit diesem identisch ist. Die testamentarische Erbeinsetzung und ihre Freiheit, dies, was bei andern Völkern gar nicht vorhanden ist oder sich von außen her spät, langsam und mit großen Beschränkungen entwickelt, ist für den römischen Geist nicht eine Befugniß, die ihm zu gewähren und zu verbriefen wäre, es ist seine gesammte religiös-metaphysische Grundlage, ist mit der stillen Nothwendigkeit des Seins in ihm vorhanden, ist identisch mit diesem historischen bestimmten Volksgeist selbst, ist für ihn dasselbe, wie sein geistiges Dasein überhaupt.

Diese gesammte Voraussetzung seines geistigen Daseins wird daher in einer alterthümlichen Zeit von einem Volke ebenso wenig verbrieft und decretirt werden, wie etwa ein solches Volk sich seine Existenz überhaupt decretiren würde. Die testamentarische Erbeinsetzung und ihre Freiheit ist für den Römer jene absolute Nothwendigkeit seines geistigen Daseins, welche über und außerhalb der Sphäre des Decretirbaren und Gesetzlichen für ihn fällt. Sie muß außerhalb der Sphäre des Gesetzlichen für ihn fallen, weil sie sogar — innerhalb dieses Volksgeistes — außerhalb der Sphäre des Geschichtlichen fällt, ein keinem Zeitwechsel Unterliegendes, mit seinem gesammten Dasein Zusammenfallendes ist. Die Geschichte selbst beweist dies. Die Freiheit der Legate unterliegt im Lauf derselben Fluctuationen, — die testamentarische Erbeinsetzung selbst und ihre Freiheit ist, solange Rom und Römisches Recht existirt, niemals angetastet worden.[1] Es ergibt sich erst von hier aus

[1] Nur einen andern Inhalt hat das Erbthum im Laufe der römischen Geschichte und zuletzt mit Justinian bekommen. Die Freiheit der Erbeinsetzung ist geblieben, und selbst die Kinder können, nach den frühern Verordnungen Justinian's, für das Pflichttheil durch Legate abgefunden werden (vgl. oben Nr. X). Erst durch die Novelle 115 wird dies von Justinian geändert, indem jetzt die Descendenten, wenn nicht die von ihm bestimmten Enterbungsgründe vorliegen, für das Pflichttheil zu Erben eingesetzt werden sollen. So würde denn hier, am letzten Ende des römischen Rechts, das Untergegangensein desselben insofern von ihm selbst gesetzt sein; aber noch in diesem Untergang wäre wieder die Freiheit der testamentarischen Erbeinsetzung auch noch aufrecht erhalten. Denn das Pflichttheil, für welches die Descendenten eingesetzt werden sollen, ist unverändert das frühere Quantum, und neben diesen Notherben hat daher die testamentarische Einsetzung noch ihren freien Spielraum. — Faßt man übrigens mit Donellus, Comm., VI, 13, und andern überwiegenden Autoren die Vorschriften der Novelle nicht als Nullitätsgründe gegen das Testament auf, so fehlt in derselben auch noch dieser

die ganze Oberflächlichkeit der allgemein verbreiteten Ansicht, welche in dem Gesetzescharakter der Intestaterbfolge eine dieser zukommende größere Substantialität, Bedeutung und Ursprünglichkeit sieht, zu welcher das Testament nur eine derogirende Stellung einnehme. Man könnte hierauf etwa antworten, daß auch der testamentarische Erbe wegen des uti legassit auf dem Zwölftafelgesetz beruhe, wie Ulpian dies von dem Legate wirklich sagt.[1] In der That aber wäre diese Antwort nicht weniger schief als das, was damit beseitigt werden soll. Dasjenige, was für ein Volk, wie gezeigt worden, außerhalb der Zeit fällt, was den gesammten Kreis seiner Geschichte bis an die äußersten Enden derselben ausfüllt, das fällt nicht mehr in das Gesetzliche und deshalb im Zeitenlaufe Wechselnde, sondern weit darüber hinaus, in das Urgesetzliche dieses Volkes hinein, als der von vornherein mit dieser Gestalt des Geistes vorhandene, mit ihr auftretende und mit ihr verschwindende Typus dieses Geistes, von dem wol alle bestimmte Gesetze Ausflüsse sind, den er sich aber nicht in freier Objectivität gegenüberstellt, sondern der ihn wie die allgemeine und unmittelbare unveränderliche Nothwendigkeit seines Lebens unausgesprochen durchdringt.

Wohl aber zeigt sich daran, daß die Zwölf Tafeln über die testamentarische Erbeinsetzung und ihre Freiheit nichts sagen und zu sagen nöthig haben (ebenso wie in der Bekanntheit, mit welcher der dogmatische Begriff des suus vorausgesetzt wird), wie unendlich alt und wie unendlich lange den Zwölf Tafeln vorhergehend, das von diesen nur vorgefundene, nicht geschaffene, das von ihnen nur als die ruhende unbewegte Substanz ihres Verordnens vorausgesetzte und nicht in den Kreis dieses Verordnens aufgenommene testamentarische Erbthum ist. Und so ist es denn auch und hat, wie im Zwölftafelgesetze, seinen Beweis in den Ueberlieferungen der alten Autoren. Ebenso wenig wie ein Ende, kennen wir dem testamentarischen Erbthum einen Anfang in der Römischen Geschichte; ebenso wenig wie ein Vergehen, hat es innerhalb derselben ein Entstehen. So weit die Erinnerungen dieses Volkes nur reichen, in allen seinen auf die Gründung Roms zurücklaufenden und ihr noch vorhergehenden historisch-mythischen Traditionen erscheint das testamentarische Erbthum als ein unbefangenes Vorausgesetztes, mit allen diesen Erinnerungen Verflochtenes. Dies Volk weiß nichts davon, daß ihm das testamentarische Erbthum entstanden sei. Mit der mythischen Acca Laurentia, der Amme des Romulus, der in den Fasten

Untergang, indem dann bei Nichtbeobachtung der Novelle nur wieder zur querela inofficiosi zu greifen ist, die durch das Pflichttheillegat beseitigt wird.

[1] Fr. XIX, §. 17: „*Lege* nobis adquiritur .... item legatum ex lege duodecim tabularum."

Roms ein Kalendertag geheiligt ist und welcher der flamen Quirinalis ein öffentliches Opfer vollzieht, mit ihr, die nach Sabinus Massurius als Stifterin der arvalischen Brüderschaft, und dann wieder in mystischer Bedeutsamkeit als Gottesbuhlerin auftritt, mit ihr bereits erscheint das testamentarische Erbthum untrennbar vereint und gegeben. Denn aus den ältesten Schriftstellern wird berichtet, daß ihr der Kalendertag in den Fasten Roms geweiht worden sei, weil sie, wie die Einen sagen, Romulus, wie die Andern wollen, das römische Volk zu Erben ihres aus der Heirath mit dem Tuscer gewonnenen Vermögens — dieses ihr indirect aus der Buhlschaft mit dem Gott hervorgegangenen Reichthums — eingesetzt habe.[1] Schon zur Zeit des Proca, des Vaters des Vaters der Rhea Sylvia, erwähnt Livius[2] des Testaments als eines Selbstredenden. — Und diese Mythen treten nicht auf und sind nicht etwa bewußt geschaffen zu einer interessirten Verherrlichung des testamentarischen Erbthums. Einem ganz andern Zusammenhange hingegeben, blitzt dasselbe immer nur in ihnen durch als die Thatsache, daß es der geistige Boden dieses Volkes ist, auf dem sie sich bewegen. Wie durch den speculativen Begriff a priori, ist es also auch durch die positiven Zeugnisse erwiesen, daß das Testament, welches seine Entstehung mit Rom hat, keine Entstehung in Rom hat. Was das wahrhaft Positive in diesen Zeugnissen ist, ist, daß der römische Geist, nicht einmal in seinen ältesten und dunkelsten Traditionen, eine Epoche in seiner Erinnerung hat, wo er ohne testamentarisches Erbthum gewesen. Es ist für ihn mit seinem Dasein selbst gegeben, die mit diesem Dasein selbst zusammenfallende Voraussetzung desselben. Wenn das testamentarische Erbthum ein innerhalb der römischen Geschichte entstandenes wäre, wenn es für sie eine Zeit ohne Testament gegeben hätte, niemals und unmöglich hätte sich bei der immensen Bedeutung, welche die Einführung des Testaments haben mußte, bei dem großartigen Umschwung, den diese Aenderung darstellte, jede Erinnerung derselben bis auf die letzte Spur verwischen können. Dies wäre ohne Möglichkeit, ohne Beispiel, ohne Analogie in der Weltgeschichte. Statt dessen tritt uns überall in den ersten mythisch-religiösen Erinnerungen Roms das Testament als ein schon vorhandenes bestimmt entgegen. Wenn dies für den rationalistischen Verstand unfaßbar sein muß, so hat sich dagegen gezeigt, daß es für den speculativen Begriff sogar ein a priori Nothwendiges ist. Dies, was innerhalb der Geschichte eines Volkes nicht

[1] Siehe über die Acca Laurentia: Gellius, Noct. att., VI, c. 7; Macrobius, Saturnal., I, c. 10, p. 241 sq. ed. Bip.; Plutarch, Quaest. Rom., XXXV, p. 116 ed. Wytt.; Plutarch, Romul., p. 19 F.; Augustinus, De civ. dei, VI, 7; Lactantius, Instit. div., I, c. 20.

[2] Lib. I, c. 3.

verschwindet, ist auch kein innerhalb dieser Geschichte Entstehendes; was kein Ende in der Zeit hat, hat auch keinen Anfang in ihr. Für die allgemeine Weltgeschichte ist es ein Zeitliches und Geschichtliches; für dieses bestimmte Volk ist es dies nicht. Es ist für es ein Urgesetzliches, ist identisch mit dieser Physiognomie des Geistes, welche dieses Volk darstellt, ist selbst diese Physiognomie. So ist es ein mit ihm Auftretendes, mit ihm Verschwindendes, trotz aller misverstandenen Rudera, die es in der Welt zurücklässt.[1]

Wol werden wir in der folgenden Nummer einen, wie wir hoffen, hellen Blick in das Woraus werfen, aus welchem sich das testamentarische Erbthum der Römer entwickelt hat. Aber daselbst werden wir auch sehen, daß dieses Woraus nicht in das Geschichtliche, sondern in das Urgeschichtliche des römischen Volkes, in das Vorgeschichtliche desselben fällt, mit dessen Ueberwindung erst römischer Geist da ist, seine geistige Stätte gründet und das Pfund, das er mitbringt, wuchernd entwickelt.

Wenn aber die sich selbst perpetuirende Uebertragung der Willenssubjectivität, oder die Erbeinsetzung, für den Römer nicht eine Befugniß, sondern die Voraussetzung aller Befugnisse, seine geistige Physiognomie überhaupt ist, so stellt dagegen der einzelne Willensact des Legats, dieser nur auf diesem Boden der Willensunsterblichkeit stehende, dieser selbst aber principiell entgegengesetzte und daher sogar gegen den Willensfortsetzer, negativ angehende Act der Sachenvergabung[2], so gut wie jede andere Sachenverfügung unter Lebenden, eine Befugniß für den Römer dar. Diese Legatenfreiheit ist in der That das im Zeitenlaufe Wechselnde und Fluctuirende, das Geschichtliche, und darum kann und muß sie von dem Zwölftafelgesetz festgestellt werden, sodaß nun in den Worten uti legassit das testamentarische Erbthum selbst nur als die vorausgesetzte Substanz, als der ruhende Boden dieser verbrieften Befugniß indirect hervortritt.[3]

---

[1] Und es wird sich bei unserer Betrachtung des germanischen und resp. modernen Erbrechts zeigen, daß das testamentarische Erbthum trotz jener Rudera mit Rom verschwunden ist.

[2] Vgl. über den Begriff des Legats Nr. XIV fg.; S. 297 fg., S. 278, Note 1.

[3] Hiernach beseitigt sich auch von selbst die Verwirrung, welche in der von Huschke (Rhein. Mus., VI, 292) sich gestellten Frage liegt: „warum der Act, der seinem materiellen Inhalt nach legare hieß, doch nicht mit diesem Ausdruck, sondern testari genannt wurde.“ Die hier zum Vorschein kommende Verwechselung des Testaments- und Legatbegriffes hat ihre Quelle in der dialektischen Gegensätzlichkeit, vermöge welcher letzterer Gegensatz und Bethätigung des erstern zugleich ist, und verschwindet daher sofort bei scharfer Festhaltung unserer Entwickelungen des Legatsbegriffes.

Wenn aber der Erblasser nicht ausdrücklich seinen Willensträger gesetzt hat, si intestato moritur, so geht nun das Zwölftafelgesetz dazu über, ihm den vorausgesetzten Willensträger zu bestimmen, einen Willensträger, den es bestimmt und einsetzt aus dem vorausgesetzten individuellen Willen des Erblassers heraus, welcher, weil sich nicht besondernd, als mit dem allgemeinen Willen zusammenfallend angeschaut wird.

Schritt für Schritt entfaltet sich alles zu blendender Klarheit, wenn dieser concrete Begriff des Intestaterbrechts: der allgemeine Wille vorausgesetzt, und zwar mit logischer Nothwendigkeit vorausgesetzt, als der individuelle Wille des sich nicht-besondernden Individuums, festgehalten wird.

Zunächst ergibt sich hieraus jetzt erst in seiner ganzen Tiefe, warum das Intestatgesetz der Zwölf Tafeln dem suus sein Erbrecht gar nicht verleiht, sondern, seiner nur mit einem negativen cui suus heres nec sit erwähnend, sein Erbrecht nur als ein selbständiges, und ihm, dem Intestatrecht, vorhergehendes anerkennt, als ein ebenso vorhergehendes anerkennt, wie in demselben Satze durch die Worte si intestatus moritur das Testamentsrecht anerkannt wird. Es ergibt sich jetzt erst wahrhaft, in wiefern der suus die Mitte und Einheit zwischen Testaments- und Intestatrecht bildet[1], oder mit andern Worten, daß der suus gar nicht als eigentlicher Intestaterbe zu betrachten ist. Denn beim suus ist der Wille des ohne Testament sterbenden Erblassers nicht als ein vorausgesetzter vorhanden, sondern als ein ausdrücklich gesetzter. Der suus ist gesetzte Identität mit der Willenssubjectivität des Erblassers, nur daß dies Setzen nicht erst zur Zeit des Todes stattfand, sondern schon damals, als das Band der Suität (Willensidentität) vom Erblasser gleichviel wodurch, durch Zeugung, Arrogation, in manum conventio, geknüpft wurde. Als nicht aufgehoben, ist die Willensidentität geblieben, und zwar nothwendig geblieben, was sie war: ausdrücklich gesetzte. Die Unmittelbarkeit im Verhältniß des suus ist nur vorhanden, wenn man auf die Zeit des Todes sieht. Sieht man auf ihren Ursprung, so ist sie immer durch eine Willensaction gesetzt, denn auch die Zeugung ist eine solche, und wie wenig ihr specifischer Charakter der Blutsverwandtschaft dabei in Betracht kommt, zeigt sich ja darin, daß reine Willensactionen, wie Arrogation und in manum conventio, die ganz gleiche Suität erzeugen.

Wenn also ein suus da ist, so kann nicht davon die Rede sein, daß der Wille des Erblassers sich nicht besondert habe, und darum als

---

[1] Siehe oben Nr. XXII und XXVI.

identisch mit seinem allgemeinen Wesen, dem allgemeinen Willen, vorausgesetzt werden müsse, sondern der suus ist eben die durch die besondere Willenssubjectivität des Erblassers gesetzte individuelle Willensidentität mit ihm. Im suus ist stets der Wille des Testators als ein besonderer, sich besondert habender, ausdrücklich gesetzter vorhanden. Der suus ist daher, begrifflich gesprochen, ein lebendiges Testament, womit sofort die juristische Nothwendigkeit übereinstimmt, daß er, wie ein Testament umgestoßen werden muß, so seinerseits erst exheredirt werden muß, um nicht als Erbe da zu sein. So sehr dies daher auch paradox klingen kann, so absolut wahr ist es, daß der suus gar nicht Intestaterbe ist. Er ist vielmehr stets beides zugleich, Intestat- und testamentarischer Erbe, ist die Einheit von beiden, und so begreift sich erst in letzter Instanz, warum gerade auf den suus die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, nicht angewendet werden kann. Sein Begriff selbst ist von vornherein die principielle Ausschließung dieser Regel. Freilich ist jetzt aber auch klar, warum, solange man, wie bisher, diese Stellung und Bedeutung des suus übersehend, denselben als erste Klasse der Intestaterben auffaßte, hierdurch die Erkenntniß nicht nur des suus selbst, sondern des ganzen Charakters des Intestaterbrechts völlig versperrt wurde und auf dasselbe der im suus vorhandene Schein einer natürlichen Familienerbfolge fallen mußte.

Verfolgen wir weiter Schritt für Schritt das Zwölftafelgesetz, geben wir wirklich ein sich starr an die Worte und Buchstaben anklammerndes Interpretiren, welches, wenn es sich nur so starr anklammert, daß es die Worte absolut deckt, auch immer mit der Interpretation des speculativen Begriffs zusammenfallen wird.[1]

Wenn also kein testamentarischer Erbe und wenn kein suus da ist, so beginnt nun das Intestatrecht der Zwölf Tafeln sein Verfügen. Es beruft den nächsten Agnaten. Aber wie drückt es sich denn aus? Sagt es Ein Wort davon: die Familie soll die Erbschaft haben, wie unsere Autoren seine Verfügung stets aufzufassen belieben? Behüte! Es sagt „agnatus proximus *familiam habeto*". Der Agnat soll die Familie, familia, haben. Die familia ist also nicht das berufene Subject der Erbschaft, sondern das Object derselben; sie ist nicht das erbende, sie ist das vererbte Princip. — Was ist denn aber der wahre ursprüngliche und wirkliche Begriff dieses vielschillernden Wortes: familia, dieser römischen Familie, die, statt zu erben, vererbt wird, wenn wir stricte dem Ausdruck der Zwölf Tafeln folgen? Hätte sich

[1] Vgl. oben S. 191, Note 3.

dieses Wort nicht als Familie, famille, family, in alle modernen Sprachen verschleppt und dadurch unmerklich für uns, so oft der bekannte Ton an unser Ohr schlug, immer die von uns damit verbundene, ganz geänderte Vorstellung in unser Bewußtsein hineingetragen, und hätte man sich nicht, wo etwa ein ernsterer Anlauf genommen wurde, sofort mit den nebulosesten, breitspurigsten Wortbildungen, mit Compositis, die sich gegenseitig einander aufessen, wie „Vermögensfreiheit", als Erklärung von familia begnügt, die gleichsam gebildet sind, um sich selbst die eigene Gedankenunklarheit zu verstecken, ebendeshalb aber diese sofort bei jedem Schritte in der Sacherklärung auf das grellste zum Vorschein kommen lassen müssen[1] — wäre man ein einziges mal darauf ausgegangen, den Begriff der familia wie ein uns ganz Unbekanntes und Fremdes streng zu erfassen, man wäre mit demselben vielleicht lange in den Begriff des römischen Erbrechts eingebrochen. Man hätte dann keinesfalls, wie sich bald zeigen wird, das alte Civilintestaterbrecht als ein „Familienerbrecht" auffassen können.

Der Begriff der familia ist nun aber gar nichts anderes als: die Willensherrschaft des Subjects und das ihr Unterworfene; eine Willensherrschaft, die also einfache Willensherrschaft ist, sofern sie der selbstlosen Sache, oder einem als Sache Geltenden (dem Sklaven) gegenübersteht, und die sich von selbst als Willensidentität bestimmt, insofern das dieser Willensherrschaft Unterworfene nicht eine Sache, sondern gleichfalls an sich freie Subjecte sind, die, selbst zur Freiheit bestimmt, an jenem Subjecte nur den zeitlichen berechtigten Träger ihrer Willenssubjectivität haben.[2]

Dieser Begriff von familia, durch dessen beide in der Willensherrschaft wurzelnde Seiten sich alles Weitere sofort erklärt, erweist sich zunächst auf das schärfste durch den etymologischen Ursprung des Wortes. Denn familia kommt ursprünglich von demselben Stamm wie famulus, famulor, Diener, dienen, und bedeutet also: das einer Willensherrschaft Unterworfene, und daher auch diese Willensherrschaft selbst, die ja in dem ihr Unterworfenen schon vorhanden ist. Dieser etymologische Ursprung ist sofort von selbst klar, wird aber zum Ueberfluß noch von Festus berichtet, welcher positiv bezeugt, famulus komme von dem oskischen Wort famel, welches einen servus, Sklave, Diener, bedeute, „woher auch die familia ihren Namen hat". „Famuli origo ab Oscis dependet, apud quos *servus famel* nominabatur, *unde et familia vocata est.*"[3] Daher kommt also, daß die Römer

[1] Siehe hierüber ausführlich in der Beilage zu dieser Nummer.

[2] Vgl. oben beim suus, Nr. XXI fg., und S. 315, Note 1.

[3] Festus, v° Famuli, p. 87, ed. Müller.

unter familia alles verstehen, wovon der Wille das Subject ist[1], also einerseits Sklave, Geld und Gut, wie andererseits Weib und Kind.[2] Diese subjective Willensherrschaft ist es also, die der Agnat haben soll, die durch das Erbthum übertragen wird, und es bestätigt sich von hier aus von neuem alles, was wir über den speculativen Begriff des römischen Erbthums gesagt haben. Natürlich aber kann der Agnat, obgleich er diese subjective Willensherrschaft nun ergreift, die derselben unterworfen gewesenen Subjecte, Weib und Kind, die Willensherrschaft qua Willensidentität mit den zeitlich neben ihr stehenden Subjecten, nicht mitergreifen. Denn diese sind eben ihrem Begriffe nach dies, von Haus aus zu dereinstigem freien Fürsichsein bestimmte Subjecte zu sein, woher die Römer selbst ihren Namen: liberi, „die Freien", etymologisiren.[3] Ihr Begriff ist von Haus aus dies, blos den zeitlichen Träger ihrer Willenssubjectivität an den Vater zu haben und mit seinem Hinscheiden sui juris, freie Subjecte, zu sein, sodaß sein Recht, wenn es bei seinen Lebzeiten das des Lebens und Todes über sie ist, bei seinem Sterben, wenn sie mündig sind, null ist. Da er nicht übertragen kann, was nicht mehr in seiner Willensherrschaft ist, so kann er sie auch mit seinem Tode nicht mit derselben übertragen. Sie waren von Anfang an nur auf solange in derselben, und der Agnat findet sie daher nicht mehr in ihr vor, wenn er die familia ergreift.[4] Es zeigt sich jetzt erst genau, mit welchem präcisen Rechte wir oben sagten: die römische Fa-

[1] Oder daher kommen die beiden Bedeutungen „in res et in personas" der „familiae appellatio", wie Ulpian, L. 195, §. 1, de v. s. (50, 16) sich ausdrückt, von welchem nicht verlangt werden kann, daß er die begriffliche Einheit derselben bewältige.

[2] Ebenso nimmt schon das Zwölftafelgesetz selbst nicht minder familia in diesem, auf das Verhältniß der Willensherrschaft zum Personenkreise gehenden Sinne, wie ja ganz entscheidend sich durch das achte Fragment derselben fünften Gesetzestafel (Dirksen, a. a. O., S. 729) beweist, wo das Zwölftafelgesetz, vom Erbrecht des patronus beim Tode des libertus sprechend, sagt: „ex *ea familia* in *eam familiam*", worauf Ulpian, a. a. O., selbst aufmerksam macht; d. h. nun aber, das Zwölftafelgesetz nimmt überhaupt nicht das Wort in zwei verschiedenen Bedeutungen, wenige Zeilen vorher als Sache, Vermögen, und wenige Zeilen nachher als persönliches Verhältniß, sondern beidemal eben in der Einheit jener entwickelten begrifflichen Bedeutung der subjectiven Willensherrschaft, die in dem ihr Unterworfenen, Sachlichen wie Persönlichen, gleichmäßig vorhanden ist.

[3] Vgl. oben S. 190, Note 1.

[4] Hier tritt wieder die größere subjective Freiheit des römischen Geistes gegen das Attische Erbrecht hervor, wo die Töchter mit dem Vermögen vererbt werden, insoweit also die Familie in einem dem unserigen verwandten Sinne vererbt wird und auch in der filia die geringere Freiheit der griechischen Subjectivität sich zeigt.

milie ist dieselbe Willensidentität im zeitlichen Nebeneinander der Personen, welche das römische Erbthum im zeitlichen Nacheinander derselben darstellt, und Identität wie Unterschied der familia und hereditas, die Berührung und das Auseinandergehen beider Ideen sind hiermit vollständig erschöpft und gegeben.[1]

Bleiben wir also zunächst noch beim Zwölftafelrecht stehen, so wird gar nicht der Familie vererbt, sondern die Familie wird dem Agnaten vererbt. Davon, daß der Agnat auch zur Familie gehöre, diese irgendwie in sich darstelle und qua Familienglied erbe — davon sagt das Zwölftafelgesetz selbst jemandem, der dies nicht von anderswoher als vorgefaßte Meinung mitbringt und entschlossen ist, sich zunächst an den Wortlaut der Zwölftafeln zu halten, kein Wort!

Wenn nun aber auch das Zwölftafelgesetz nichts davon sagt, liegt es nicht dennoch im Begriff der Familie, daß der Agnat zu ihr gehöre, und ist diese Familienmitgliedschaft nicht gerade der, wenn auch unausgesprochene, Grund seines Erbrechts? Und ist dies nicht auch das, was uns die römischen Juristen selbst ausdrücklich sagen?

Aber gerade die Antwort auf diese beiden Fragen wird das Wesen des Intestatrechts in noch viel entscheidendere Klarheit setzen.

Wie soll denn dem Begriffe der römischen familia nach der Agnat zu derselben gehören? Wir haben soeben durch die scharfe und etymologisch nachgewiesene Begriffsbestimmung der familia gesehen, daß der Begriff der familia, insofern sie nicht nur Sachen, sondern Personen umfaßt, daß also der Begriff der römischen Familie nur derjenige der Willensidentität ist: zwei oder mehrere Personen von einem sie identisch durchdringenden Willen, der sein Fürsichsein nur in Einem von ihnen hat, sodaß sie gegen ihn nur ansich Subjecte, er allein fürsichseiende Willenssubjectivität, subjectiver Träger des in diesem Personenkreise ausgegossenen Willens ist, worüber wir bei der Suität schon das Hinreichende entwickelt haben. In dieser Willensidentität befindet sich nun aber der Agnat zu dem Sterbenden nicht, und folglich gehört er auch nicht zu dessen Familie.

Daß den Agnaten nicht die Idee der Familie in unserm (germanischen) Sinne, daß ihnen nicht die Idee der Blutsverwandtschaft in irgendwelcher physischen Auffassung zu Grunde liegt, das zeigt sich ja — abgesehen davon, daß diese ganze Auffassung durch die Bestimmung des specifisch-römischen Begriffs der familia schon ausgeschlossen ist — ganz entscheidend daran, daß sogar die durch Männer vermittelten Verwandten, ohne Unterschied der Nähe, keine Agnaten sind, wenn die

[1] Vgl. oben S. 315, Note 1.

Männer, durch die sie verwandt sind, durch willkürliche Handlungen, wie Emancipation u. s. w., aus der Willensidentität herausgetreten sind. Es zeigt sich daran, daß der Vater sogar und der eigene Sohn desselben, wenn dieser emancipirt ist, ebenso gut wie keine Familie, auch kein Agnationsverhältniß zueinander darstellen, während ihre physische Blutsverwandtschaft doch nicht gelitten hat und das prätorische Recht diesen Gesichtspunkt daher trefflich zu handhaben weiß. Um so entscheidender aber tritt in diesem specifischen Unterschied des prätorischen Rechts und des jus civile hervor, daß aus dem civilrechtlichen Begriff der Familie jede Idee der physischen Blutsverwandtschaft vollkommen ausgeschlossen ist.

Der strenge Begriff der römischen Familie würde sich hiernach — dies ist die erste Folgerung aus dem Vorigen — auf das Verhältniß des Römers zu den sui beschränken. Denn nur hier ist Willensidentität.

Inwiefern bilden aber nun dennoch auch die Agnaten eine solche Willensidentität, und somit auch eine römische familia?

Nun, zuvörderst bilden sie eben unter sich keine solche, und darum keine römische Familie. Aber sie haben ihre Willensidentität außerhalb ihrer an ihrem gemeinschaftlichen Willenssubject, dem paterfamilias, sind daher, wie die Augen am Rebstock, an diesem gemeinsamen Subjecte einander angeboren, angereiht (*adgnati*). Stirbt der paterfamilias nun auch, so findet zwar keine Willensidentität bei ihnen mehr statt, weil sie eben keine zwischen ihnen direct bestehende war. Aber es bleibt die Erinnerung an die in ihm, dem Todten, gewesene Willensidentität, und diese bildet nun ihr Gemeinschaftliches und ihren Zusammenhang. Die Willensidentität ist in dieser Erinnerung zu einer nur ideellen, gewesenen aufgehoben, die ihre wirkliche Willensselbständigkeit gegeneinander nur wie ein aufgehobenes Ansich, wie eine überwundene ursprüngliche Anlage, wie ein dunkler Hintergrund, wie eine frühere Voraussetzung oder ein hinter ihnen liegender Ausgangspunkt ihres Wesens, durchzieht.

Dies wäre nach dem entwickelten Begriff der familia das begrifflich nothwendige concrete Verhältniß der Agnaten zueinander, und dies wäre also keine familia in dem strengbegrifflichen civilistischen Sinn des Worts.

Warum sagen uns denn nun aber die römischen Juristen dennoch — und dies war oben die zweite Frage —, daß die Agnaten eine solche familia bilden?

Nun natürlich, sie sagen es uns auch gar nicht! Wie sollten die römischen Juristen dazu kommen, uns etwas realiter Falsches zu

sagen? Nur die flüchtige und unbegriffliche Betrachtung wird die Schuld haben, wenn ein solches in ihnen gefunden wird.

Was uns die römischen Juristen wirklich sagen, ist vielmehr durchaus das eben begrifflich Entwickelte, und dasselbe wird jetzt Wort für Wort in der classischen Stelle Ulpian's über die familia wiedererkannt werden. Ulpian sagt[1]: „*Jure proprio* familiam dicimus plures personas, quae sunt sub *unius potestate*, aut natura aut jure[2] subjectae . . . . . et quum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subjecta fuerint, *singulas familias incipiunt* habere." Also: der strenge Begriff der Familie (*jure proprio*) besteht nur in der Willensidentität (Gewaltband) und geht ebendeshalb nicht auf die Agnaten über; sie bilden, wenn der paterfamilias todt ist, jetzt nur jeder mit seinen suis und nicht unter sich eine Familie (singulas familias incipiunt habere, wie wir dies soeben zeigten). „. . . . *Communi jure* familiam dicimus omnium agnatorum, nam etsi *patrefamilia mortuo singuli singulas familias* habent (nochmalige Hervorhebung des Vorigen), tamen omnes qui sub unius *potestate fuerunt* (die in der Erinnerung vorhandene, gewesene Willensidentität) recte *ejusdem familiae* appellabuntur (sie, die Agnaten, sind auch in dieser verallgemeinerten, abgeschleiftern Bedeutung des Wortes immer noch nicht unter sich eine „Familie", sondern nur seine, des Todten, Familie [*ejusdem* familiae]; nur in Bezug auf ihn, in der Erinnerung an dies ihr gewesenes Willenssubject sind sie gemeinsam oder Familie) qui ex eadem *domo et gente proditi sunt.*"

Ulpian also sagt es uns mit dürren Worten: jure proprio bilden die Agnaten gar keine Familie. Was ist denn aber in einem strengern, höhern, ausschließlichern Sinne jus proprium bei den Römern als das Zwölftafelgesetz? Ulpian sagt also auch das mit dürren Worten: für das Zwölftafelgesetz bilden und sind die Agnaten gar keine Familie, sondern für seinen Standpunkt sind nur die sui des Erblassers eine solche.[3] Diesen aber, die allein für das Zwölftafelgesetz

---

[1] L. 195, §. 2, de v. s. (50, 16).

[2] Es ist also ganz gleichgültig, ob sie aut natura aut *jure* subjectae sind, d. h. die Natur liegt nicht im Begriff des Verhältnisses.

[3] Ulpian sagt dies sogar noch entscheidender! Denn er leitet diese gedoppelte Bedeutung der familia damit ein, daß sie einen Körper bezeichne (ad corporis cujusdam significationem refertur), der aut *jure proprio* ipsorum *aut communi universae cognationis* continetur. Die zweite Bedeutung der familia, wonach auch die Agnaten — wir haben von ihm selbst gehört, warum — eine Familie, d. h. seine Familie bilden, und die er mit den Worten einleitet: „*Communi jure* familiam dicimus omnium agnatorum etc.", ist also diejenige, welche communi (jure) *universae cognationis* continetur. Steht denn aber das Zwölf-

Familie[1] wären, überträgt das Intestatrecht der Zwölf Tafeln das Erbthum nicht, sondern setzt sie, wie wir früher gesehen haben, nur als von selbst eintretende Erben voraus. Gleich die erste Klasse von Erben, denen es, das Intestatgesetz der Zwölf Tafeln, das Erbthum, wenn Testamentserbe und suus nicht da ist, überträgt, sind also solche Personen, welche das Zwölftafelgesetz, wie Ulpian uns aufs schärfste constatirt hat, nicht als Familie des Todten betrachtet.

Und wie soll hiernach auch nur die Rede davon sein, daß das Intestaterbrecht der Zwölf Tafeln ein „Familienerbrecht" darstelle, und ist es nicht wahrhaft erstaunlich, wie eine solche das Römische Recht in sein Gegentheil verwandelnde Auffassung unbesehen bei uns von der Hand des einen Autors in die des andern gehen und den gesammten Autorenkreis einmüthig und ohne Ausnahme beherrschen kann? Und ist nicht ersichtlich, wie, wäre man nur ein einziges mal wahrhaft von strenger concreter Wortinterpretation ausgegangen, von der man beim Römischen Recht so viel spricht, wäre man wirklich stricte bei den Worten der Zwölf Tafeln wie Ulpian's stehen geblieben, man genau zu demselben Resultate hätte kommen müssen, wie vom speculativen Begriff aus?

Aber die Verstandesvorstellung ist eben dies, den Geist wie das körperliche Wort gleichmäßig verfehlen zu müssen und nur den

---

tafelgesetz auf dem Standpunkt der universa cognatio und kann es von diesem herunter interpretirt werden? Was also Ulpian selbst sagt, ist: Stellt man sich auf den Standpunkt der gesammten Cognation, auf welchem das Zwölftafelgesetz eben nicht steht, auf den Standpunkt der natürlichen Blutsverwandtschaft — der cognatus umfaßt ja dem Römer schon den väterlichen wie den mütterlichen Verwandten, den Agnaten wie den bloßen Cognaten —, also auf den Standpunkt des prätorischen Rechts, des jus gentium etc., so erscheint nun von diesem Standpunkt, der nicht der specifisch-civilistische ist, unser specifisch-civilistisches Agnationsverhältniß noch als eine besondere Gemeinschaftlichkeit — noch vor der bloßen Blutsfamilie der Cognaten, von der Ulpian erst in §. 4 daselbst spricht —, als eine Familie und besondere Familie unter sich, weil sie, von hier aus gesehen, gleichsam seine, des Todten, civilistische Familie genannt werden können. — Und in der That ist es dieser Satz, den das prätorische Erbrecht verwirklicht, indem es, sich auf den Standpunkt der natürlichen Familie, der universae cognationis stellend, das Recht der bloßen Cognaten anerkennt und die Agnaten dennoch bevorzugt. — Die Agnaten also unter sich oder die Agnation, sagt Ulpian, sind hiernach vom civilistischen Standpunkt aus keine Familie, kein Familienkörper, erscheinen aber so, wenn man sie vom prätorischen Standpunkt der universa cognatio aus betrachtet. Und daß sie dann so erscheinen, das hat sich an unsern Autoren allerdings sehr bestätigt!

[1] Aber wieder nicht Familie in unserm germanischen Sinne, weil es gleichgültig ist, ob natura aut jure subjectae (s. oben), sondern nur im römischen der Willensidentität.

verblaßten Schemen ihrer eigenen Unklarheit überall in der Hand zu haben.

Treiben wir weiter Wortinterpretation, und immer schärfer, concreter und lebendiger wird sich uns der Geist des Intestatrechts der Zwölf Tafeln aufrollen, wie wir ihn aus dem Begriffe heraus bestimmt haben.

Die Zwölf Tafeln sagen also nicht, daß die Familie die Intestaterbschaft haben soll, und meinen auch nicht, daß der Agnat Familie des Todten sei.

Welches Erbprincip haben sie denn? Wir haben es oben begrifflich bestimmt; suchen wir hier es noch genauer aus den Worten zu entwickeln.

In der That liegt es auf das deutlichste in den Worten aufgerollt, die wir soeben von Ulpian gehört haben: „... tamen omnes qui sub unius *potestate fuerunt*, recte *ejusdem* familiae appellabuntur, qui ex *eadem domo et gente proditi* sunt" — „... so werden doch alle solche, welche unter der Willensherrschaft Eines Individuums gewesen sind, mit Recht seine, dieses Individuums, Familie genannt, als solche, die aus demselben Haus und derselben gens hervorgegangen sind."

Aufs äußerlichste erkennbar springt aus diesen Worten hervor, wie das agnatische Erbrecht schon von demselben Princip durchzuckt und getragen ist, auf welchem auch das Erbrecht der Gentilen beruht, welches letztere man doch nicht wird als ein „Familienerbrecht" ausgeben wollen.[1]

Agnaten und Gentilen erscheinen schon in diesen Worten als zwei Abstufungen desselben Gedankens, als die Voraussetzungen, aus deren Hintergrund die Willenssubjectivität hervorgegangen.

Mit andern Worten: Das Intestatgesetz ist ein Suchen des Individuums.

Wenn sich das Individuum nicht selbst perpetuirt hat, wenn es weder als testamentarischer Erbe noch als suus da ist, so tritt nun das Intestatgesetz auf, um es zu suchen und zu perpetuiren, und sucht es in seinen Voraussetzungen.

Wo es dasselbe findet, wird sich aus dem bestimmen müssen, was es eigentlich sucht. Denn wenn wir sagen, das römische Intestatrecht sucht das Individuum, so meinen wir natürlich nicht, daß es

[1] Vgl. vielmehr oben S. 323 u. Note 3 das. Auch die Geschichte des römischen Intestaterbrechts beweist dies; denn während das gentilitische Erbrecht früh verschwindet, ist die Geschichte des civilen Intestaterbrechts vielmehr die, unter dem Einfluß des prätorischen Rechts sich zum Familienerbrecht hin zu bewegen.

dasselbe *als Mensch* sucht, was ein sehr weiter und nichtssagender Ausdruck ist, da alles darauf ankommt, was man *als Mensch* (resp. als was der Mensch sich) *auffaßt*, sondern es sucht das Individuum *qua römischer* Mensch oder *qua Willenssubjectivität*. Als *Identität* (Testamentserbe, suus) kann es die Willenssubjectivität nicht mehr vorfinden, denn sonst brauchte es erst gar nicht zu *suchen* und zu verfügen. So sucht es nun dasselbe (vgl. oben S. 340) in den *Voraussetzungen* seiner Willenssubjectivität, in dem hinter ihr liegenden überwundenen *Ausgangspunkt*, von dem diese ausgegangen, in der im Willen eines *dritten* Subjects *gewesenen* Willensidentität oder als *Agnation*, und was dieser *gewesenen* Willensidentität zur *wirklichen* Willensidentität *abgeht*, das *ergänzt* nun das Gesetz durch die Kraft seines gesetzlichen Verfügens.[1]

Und von *Voraussetzung* zu *Voraussetzung* zurückgehend, sucht es das Individuum, wenn es auch keine Agnaten findet, wieder in der *Voraussetzung dieser*, in dem Hintergrunde, aus welchem auch diese *gewesene* Willensidentität hervorgegangen ist, in dem Hintergrund des *Stammes* oder in der *Gentilität*. Gentilen und Agnaten sind dem Princip nach dasselbe, wie schon in den Worten Ulpian's über die Agnaten qui ex eadem ... *gente proditi sunt* hervortritt, und nur dem Grade nach ist der Agnat das Nähere. Darum zeigt sich dasselbe auch *geschichtlich*. In derselben Zeit, in welcher das Recht der *Gentilen* in Vergessenheit fällt, hat auch das Recht der Agnaten durch das im *prätorischen* Recht zur Entwickelung gelangende Princip der *Familie* oder der Cognation schon seine Unterminirung erfahren.

Wir haben jetzt näher gesehen, wie das Intestatrecht, das *Individuum* in seinen Voraussetzungen suchend und von Voraussetzung zu Voraussetzung zurückgehend, um es zu finden, sich auf das concreteste als das herausstellt, als was wir es oben definirt haben, als: *der vorausgesetzte Wille des Individuums*.

Wir haben zugleich gesehen, als was das Intestatgesetz das Individuum sucht, nämlich nicht nach der Seite seiner sonstigen menschlichen und natürlichen Beziehungen, sondern *als Willenssubjectivität*.

---

[1] Hier tritt also auf das deutlichste auch in *der Sache* der *subsidiarische* Charakter des Intestaterbrechts hervor, der seine *formell-subsidiarische* Stellung nur als nothwendige Folge nach sich zog. Hier begreift sich auf das realste, wie bei dem blos durch die *Erinnerung* an die *gewesene* Willensidentität vermittelten Charakter des Intestatrechts es dem Römer bei seinem Begriff vom Erbthum keineswegs genügen konnte, von den Agnaten nach Intestaterbrecht beerbt zu werden (vgl. sub Nr. VII und XXII), und warum er solchen Werth darauf legen mußte, denselben Intestaterben testamentarisch einzusetzen.

Es bleibt übrig, eine dritte Seite nur noch hervorzuheben, da sie in dem Vorigen bereits enthalten ist. Wie sucht das Intestatrecht das Individuum? Wir haben oben (S. 322 fg.) den speculativen Begriff des Intestatrechts sich durch sich selbst dahin entwickeln sehen, daß es der vorausgesetzte Wille des Individuums sei, welcher aber, weil sich nicht besondernd, aufgefaßt werde als identisch mit dem allgemeinen Wesen des Willens, oder mit dem allgemeinen Willen. Es bestimmte sich uns demnach der concrete Begriff des Intestatrechts als der allgemeine Wille des Volkes, vorausgesetzt und geltend als der Wille dieses Individuums. In der That liegt diese Seite des allgemeinen Willens im höchsten Maße beim Intestatrecht, nicht etwa nur formell in seinem Gesetzescharakter überhaupt, sondern ebenso sehr inhaltlich vor, und ist bereits identisch mit der soeben concreter erörterten Betrachtung, als was das Intestatrecht das Individuum auffaßt.

Das Wesen des Volkes ist die Willensgemeinschaft oder der allgemeine Wille. Diese Willensgemeinschaft, welche den Begriff des Volkes überhaupt bildet, gliedert sich aber innerhalb desselben aus verschiedenen Kreisen dieses Ganzen, aus welchen das Volk erwächst. Die subjectivste Spitze derselben ist die Willensidentität zwischen dem Ich und den suis, hinter dieser die gewesene Willensidentität der Agnaten, hinter dieser die Voraussetzung dieser gewesenen Willensidentität oder die Gentilen, hinter diesen endlich der große, ganze Willenskreis oder das Volk. Indem also das Intestatrecht das Princip der Willensgemeinschaft zu seinem Inhalt nimmt, nimmt und hat es keinen andern Inhalt als den Begriff des Volkes oder des allgemeinen Willens selbst, und die organischen Gliederungen, aus welchen das Volk erwächst; nimmt und hat es keinen andern Inhalt als den Begriff, welcher formell der Begriff eines jeden Volkes ist, aber formell und inhaltlich der bestimmte Begriff des römischen Volkes ist und die realen Basen bildet, auf welchen diese Willensgesellschaft — wie man das römische Volk charakterisiren könnte — beruht.

Es zeigt sich also hier concreter, mit welchem Recht wir oben sagten, der Begriff des Intestaterbrechts sei der allgemeine Wille, vorausgesetzt, aufgefaßt und geltend als der Wille dieses Individuums. Was das Intestaterbrecht zu seinem Inhalt hat, ist der allgemeine Wille oder das Princip des Volkes, und es kann nur deshalb den Willen des Individuums nicht mit dem allgemeinen Willen schlechthin zusammenfallen lassen (das Volk zum Erben einsetzen), weil es den allgemeinen Willen zwar, aber ihn als den vorausgesetzten Willen des sich nicht besondernden Individuums, zum Inhalt hat. Weil der allgemeine Wille im Individuum, auch ohne Besonderung und thätiges

Sichselbstsetzen von seiner Seite, immer sofort durch diese organischen individualisirten Gliederungen vermittelt ist, muß das Gesetz diese Gliederungen zur Erbfolge berufen. Oder weil der als allgemeiner vorausgesetzte Wille des Individuums das Princip des Erbrechts ist, muß es diesen gegliederten Kreisen die Erbfolge übertragen; denn sie sind selbst die realen, in physischer Gestalt existirenden Voraussetzungen und Grundlagen, durch welche der individuelle Wille mit dem allgemeinen vermittelt ist; sie sind die Voraussetzung von dem im Individuum vorhandenen Zusammenhang mit dem allgemeinen Willen. Der allgemeine Wille ist nur als vorausgesetzter (nicht als testamentarisch-ausgedrückter) im Individuum, und sie selbst, diese Gliederungen, sind gerade die existirende Voraussetzung davon, daß der allgemeine Wille überhaupt in ihm vorhanden ist, d. h. daß das Individuum diesem Volke angehört. Sie sind also selbst, diese Kreise, ihrerseits materiell ebendasselbe, was das Princip des Intestatrechts bildet; sie sind: der als Voraussetzung im Individuum vorhandene allgemeine Wille.

Es hat sich durch diese Betrachtung also ergeben, daß es der Begriff des Volkes oder des allgemeinen Willens ist, welchem in den gegliederten Kreisen und Genossenschaften, in welchen er im Volke realisirt ist, das Intestatgesetz das Erbrecht überträgt. Sahen wir also früher, das Intestatgesetz sei ein Suchen des Individuums, so sehen wir jetzt also, daß, wenn dies wegen der speculativen Identität beider Begriffsmomente auch mit Recht gesagt werden kann, in Bezug auf den inhaltlichen Gedanken des Intestatgesetzes noch tiefer und concreter gesagt werden muß: das Intestatgesetz sei ein Suchen des Allgemeinen in seinen organischen Gliederungen und habe dieses, das Princip des Volkes, zu seinem Inhalt. Indem das Intestatgesetz aber darauf ausgeht, den allgemeinen Willen, das Princip des Volkes, in seinen sich abstufenden Gliederungen zu suchen, muß es das Princip des (römischen) Individuums finden; denn als diese Gliederungen des allgemeinen Willens muß es die Willenskreise ergreifen und zu Nachfolgern einsetzen, aus welchen der allgemeine Wille organisch erwächst; es muß dies, weil der Inhalt dieses Volksgeistes selbst der Willensbegriff ist. Ebendeshalb nun muß es, indem es diesen in seinen Gliederungen sucht, das Princip des Individuums, nämlich des römischen Individuums, finden, weil dieses selbst sich als nichts anderes auffaßt denn als Willenssubjectivität. Daß dieses Uebereintreffen nicht zufällig ist, ist freilich sofort sehr durchsichtig. Wäre der Inhalt dieses Volksgeistes nicht der Willensbegriff, so würde das Individuum sein Wesen nicht ausschließlich darin erfassen: Willenssubjectivität zu sein. Und umgekehrt: Wenn das Individuum nicht sein geistiges

Wesen, das Wesen des Menschen überhaupt, gerade dahineinsetzte: Willenssubjectivität zu sein, so würde der Willensbegriff nicht der inhaltliche Begriff des römischen Volksgeistes, und daher seine Realisirung und Durchführung durch Erschaffung des Rechtssystems[1] seine That sein.

Aber es reicht auch nicht hin, die begriffliche Identität beider Momente, des Allgemeinen und des Individuellen, als eine blos vorhandene aufzufassen und sich so zu erklären, daß das Intestatgesetz, indem es das Allgemeine sucht, das Individuelle trifft; sondern alles hängt davon ab, begreifend festzuhalten, daß diese Identität auch von vornherein schon im Princip des Intestatgesetzes gesetzt ist. Denn das Intestatgesetz sucht ja den allgemeinen Willen, wie er im Individuum als vorausgesetzt vorhanden ist, und die an sich vorhandene Identität beider Momente ist somit von Haus aus bereits im Princip des Intestatrechts auch gesetzt.

Fassen wir also noch einmal die Dialektik der Begriffsmomente des Intestatrechts — wir betonen sie so sehr, weil nur durch die genaueste Bewältigung derselben die logische Nothwendigkeit des römischen Intestatrechts begriffen und seine scheinbaren Widersprüche beherrscht werden können, und weil sich nur von dieser Grundlage aus die weitere reale Entwickelung, die wir im Nachfolgenden antreffen werden, sich verstehen und die detaillirte Dogmatik und Geschichte desselben, die wir hier nicht geben können, sich schreiben läßt — kurz in zwei Sätze zusammen: Der formelle Begriff des Intestatrechts ist der vorausgesetzte Wille des sich nicht besondernden Individuums. Wird also auf den formellen Begriff des Intestatrechts gesehen, so steht derselbe von Haus aus zunächst unter der vorherrschenden Bestimmung des Individuellen, und dies ist daher das Moment, welches festzuhalten ist, überall wo es auf die formelle Stellung des Intestatrechts, sein formelles Verhältniß zum Testamentsrecht u. s. w. ankommt.

Welches ist aber der inhaltliche Begriff des Intestatrechts, oder welches ist der Inhalt des vorausgesetzten individuellen Willens?

Weil, wie wir oben (S. 322 fg.) sahen, der Wille, als sich nicht besondernder, mit seinem allgemeinen Wesen, mit dem allgemeinen Willen identisch ist, so ist also — und zwar wie mit logischer Nothwendigkeit durch jenen formellen Begriff selbst gegeben ist — der inhaltliche Begriff des Intestatrechts der allgemeine Wille. Hier scheint also das Moment des Individuellen, indem es in seinen Gegensatz, das Allgemeine, umschlug, nur in einen Gegensatz umgeschlagen oder in

[1] Vgl. oben S. 19.

diesem untergegangen zu sein. Allein dies wäre ein bloßer und zwar ein ganz unmöglich festzuhaltender Schein. Denn es ist ja als *inhaltlicher* Begriff des Intestatrechts der allgemeine Wille nur gesetzt seiner *Identität* mit dem sich nicht besondernden *individuellen* Willen halber. Es ist also die *Identität* des allgemeinen und individuellen Willens auch im *inhaltlichen* Begriffe des Intestatrechts schon *mitgesetzt*. Oder es ist der *allgemeine* Wille, wie er *im Individuum* als vorausgesetzter, von selbst individualisirter vorhanden und daher in jenen organischen individualisirten Gliederungen und Willenskreisen gegeben ist, durch welche der allgemeine Wille im Individuum da und mit ihm vermittelt ist.

Der gesammte Begriff des Intestatrechts ist also eine *Identität*, und zwar eine *als solche gesetzte* Identität seiner beiden Momente, des individuellen und allgemeinen Willens, eine *Einheit*, die in Bezug auf den *formellen* Begriff des Intestatrechts unter der *vorherrschenden Begriffsbestimmung* des *Individuellen*, in Bezug auf den *inhaltlichen* Begriff des Intestatrechts unter *der vorherrschenden Begriffsbestimmung* des *Allgemeinen* gesetzt ist, da sie aber beidemal *als Einheit* gesetzt ist, diese ihre identischen und deshalb dialektisch ineinander übergehenden Bestimmungen ebenso gut auch miteinander zu vertauschen scheinen kann. Wird z. B. bei äußerlich-formeller Betrachtung darauf gesehen, daß das Intestatgesetz qua Gesetz ja den *allgemeinen* Willen darstellt, so kann nun etwa auch gesagt werden, der *formelle* Begriff des Intestatrechts sei der *allgemeine* Wille und sein *inhaltlicher* Begriff sei der, das *Individuum* und seinen vorausgesetzten Willen zu suchen. Ebenso, wird bei dem *inhaltlichen* Begriff des Intestatrechts darauf gesehen, daß das, was dabei festgehalten und zum Vorschein gebracht wird, immer der *individuelle Willensbegriff* ist, so kann gesagt werden, *dieser* sei das *Inhaltliche* des Intestatbegriffs, und das Allgemeine jener Kreise und Genossenschaften nur die *Form*, in welcher dieser individuelle Inhalt verwirklicht ist. Die Hauptsache besteht nur darin, sich von dem Spiel dieser Abstractionen nicht täuschen zu lassen, sondern ihre sofort ineinander übergehende und als solche *gesetzte* begriffliche *Einheit* festzuhalten.

Diese *Einheit* war aber auch schon in unserer ersten Begriffsentwickelung des Intestatrechts als: des *allgemeinen Willens*, vorausgesetzt und aufgefaßt und geltend als der *Wille dieses* bestimmten *Individuums* vollständig *gesetzt*, und was wir jetzt näher betrachtet haben, ist nur die sich gegeneinander fixirende Form, in welche sich diese Momente, gerade weil jedes derselben auch in das andere übergeht und mit ihm in Einheit gesetzt ist, formell gegeneinander auflösen und täuschend festsetzen können, wenn ihre begriffliche Einheit nicht bewältigt wird.

Der inhaltliche Begriff des Intestatrechts also, sagten wir, ist die Einheit des individuellen und allgemeinen Willens, gesetzt unter der herrschenden Begriffsbestimmung des Allgemeinen. Dies zeigt sich als die concrete Wahrheit der Materie sofort daran, daß das Intestatgesetz bei seinem Suchen zwar das Princip des Individuums, wie wir sagten, findet, aber nicht mehr das Individuum, die einzelne Willenssubjectivität und ihre Identität (suus, Testamentserbe) selbst. Wäre dies da, so begänne das Intestatrecht gar nicht sein Suchen. In diesem Suchen entfernt es sich vielmehr immer mehr von dem Individuum als solchem, immer mehr an das rein Allgemeine des Volkes sich annähernd, und so aufzeigend, welches von vornherein das Wie und Wo, der Weg und die Richtung dieses Suchens ist. In der That war dies aber auch schon damit ausgesprochen, daß wir sagten, in seinem Suchen findet das Intestatgesetz das Princip des Individuums, nicht dieses selbst. Denn das Princip des Individuums ist eben der volksgeistige Inhalt oder das rein Allgemeine desselben.

Es hat sich also — und hierin lag die nothwendige Ursache dieser auf die frühern Ausführungen zurückblickenden Betrachtung — als der letzte und tiefste Grund von jenem: als was das Intestatgesetz das Individuum sucht und findet, das Wie und Wo, der Weg und die Richtung ergeben, auf welchen es dasselbe sucht. Das Princip dieses Suchens ist es, welches dies concrete Suchen selbst und sein Finden bestimmt. Und das Princip und die Richtung dieses Suchens ist, das Individuum zu suchen in seinem Zusammenhang mit dem allgemeinen Willen.

Es bleibt also dabei, daß der inhaltliche Begriff des Intestatrechts die unter der herrschenden Begriffsbestimmung des allgemeinen Willens gesetzte Einheit des allgemeinen und individuellen Willens ist. Oder es bleibt dabei, daß es der Begriff des Volkes oder des allgemeinen Willens ist, welcher in den gegliederten Kreisen und Genossenschaften, in welchen er im Volke realisirt ist, vom Intestatgesetz zur Erbfolge berufen wird. [1]

---

[1] Der Einzige, dem hiervon eine ganz falsche Ahnung, aber doch immer irgendeine Ahnung, dämmerte, ist Niebuhr (Römische Geschichte, zweite Ausgabe, II, 381). „Er hat", sagt Huschke (Rhein. Mus., VI, 289, Note 51), ihn hart darüber anlassend, von ihm, „die ganz unjuristische Idee, das Volk habe deshalb die Testamente bestätigen müssen (bei den Comitientestamenten), weil, wenn ein Einzelner gestorben wäre, das Vermögen mittelbar durch familia, gens, curia hindurch eigentlich dem Volke gehört hätte." (Niebuhr sagt nämlich daselbst: „Da das Vermögen eines ausgestorbenen Geschlechts der Curie, dasjenige einer erloschenen Curie dem publicum der gesammten Bürgerschaft zufiel, bedurfte es der Einwilligung des ganzen Populus, und hier liegt der Ursprung der Testamente vor Pontifex und

Verhält sich dies so, so ergibt sich sofort eine nothwendige Consequenz. Ist es die Gliederung des *Allgemeinen als solchen*, welcher das Erbrecht übertragen wird, so sind es nicht die zu diesen Kreisen gehörigen *einzelnen Personen als solche*, welchen das Erbrecht gegeben wird, sondern *sie nur insofern*, als sie die *zeitigen Repräsentanten* solcher Kreise und Genossenschaften, die *zeitigen Träger* einer solchen Gliederung des allgemeinen Willens sind. Oder es ergibt

---

Curien.") „Aber bekanntlich", fährt Huschke fort, „wurden die bona vacantia ehemals herrenlos und erst durch die lex Julia und Papia dem Aerarium überwiesen. Und wollte man jenen dem Römischen Rechte ganz fremden Gedanken überhaupt consequent anwenden, so würden, wenn jemand Agnaten oder wenigstens Gentilen hinterlassen hätte, *diese* und nicht das durch sie ausgeschlossene Volk haben genehmigen müssen. *Niebuhr kannte* das Recht *historisch*, *wußte* es aber nicht *juristisch*", schließt Huschke mit gesperrter Schrift. — Es ist nun freilich ganz falsch, daß das Testament in den Comitien vom Volke *bestätigt* worden wäre; Huschke hat auch recht, daß selbst unter Voraussetzung der Niebuhr'schen Annahme dann die Gentilen und Agnaten hätten genehmigen müssen. Er hat auch recht, sich gegen Niebuhr darauf zu berufen, daß im alten Recht die bona vacantia herrenlos wurden, was aus unserer Begriffsentwickelung mit Nothwendigkeit folgt, wie wir später noch näher sehen werden. Er hat überhaupt recht, die ganze Ansicht Niebuhr's, wenn ein Einzelner gestorben wäre, habe sein Vermögen eigentlich mittelbar dem Volke gehört, eine vollkommen falsche und unjuristische zu nennen. Das Vermögen gehört *nur* dem Individuum. Wenn es stirbt, kann es *nur* dem individuellen Willensfortsetzer gehören. Wenn auch noch der letzte, d. h. vorausgesetzte, durch die allgemeine Willensnatur des Todten bestimmte individualisirte Fortsetzer diese zu geben *ausschlägt*, die *Fortexistenz* des erblasserischen Willens also *negirt* ist, muß es, individualitäts- und herrenlos, eine Beute des ersten Occupanten sein. Aber trotz alledem ist, wie aus dem Obigen von selbst folgt, auf dem Grunde dieser Irrthümer immer noch die *wahre* Ahnung vorhanden, daß der *Volksbegriff selbst das succedirende Subject des römischen Intestatrechts* sei. In Niebuhr's Irrthum, so radical er ist, ist *mehr* geistige Wahrheit enthalten als in hundert juristischen Richtigkeiten. Für einen solchen Irrthum verdient man nicht so vornehm behandelt zu werden, wie Huschke in jenem Gegensatz des „historischen Kennens" und „juristischen Wissens" thut. Wenn Huschke sich hätte rühmen wollen, daß das „juristische Wissen" in ihm *gipfelt*, so wäre er hierzu sehr berechtigt. Dies ist von allen Seiten anerkannt, und niemand wird es ihm bestreiten. Wenn Huschke aber das „juristische Wissen" selbst rühmen will, so hat er sehr unrecht. Das „juristische Wissen" hat keine Veranlassung, sich zu belorberen, wie ihm wol von jeder Seite dieser beiden Bände aus klar geworden sein kann, obwol wir alle Polemik soviel als möglich vermieden haben. Damit es sich inzwischen darüber nicht täusche, werden wir im Laufe dieser Nummer und in der Beilage zu derselben ohnehin noch Veranlassung haben, die Natur dieses „juristischen Wissens" an Huschke selbst, gerade weil dasselbe in ihm gipfelt, zur Darstellung zu bringen. — Niebuhr aber wurde durch seinen *historischen Blick*, der noch etwas ganz anderes ist als das „juristische Wissen", zu dieser Ahnung befähigt.

sich hier nur noch weit concreter und bestimmter, daß und warum das Intestaterbrecht, wie wir schon S. 323 zeigten, ein Erbrecht der *ordo* ist, ein Erbrecht der Standesgenossenschaft, wie man sich vollkommen wohl ausdrücken kann, wenn man festhält, daß der Inhalt dieses Standes nichts anderes als jene Willensgemeinschaft in einer ihrer Gliederungen ist. Nicht die Individuen erben, sondern die Idee dieser Willensgliederung erbt, und das Individuum daher nur, insofern es der zeitige Repräsentant dieser Gemeinschaft für den Verstorbenen ist, und es muß daher schlechterdings in den Zwölf Tafeln heißen: agnatus *proximus* habeto.

Wir haben aber hiermit im Voraus einen Punkt in seiner tiefen Nothwendigkeit aufgezeigt, welcher nicht nur, wie fast der ganze erbrechtliche Stoff, bisher niemals begriffen werden konnte, sondern von dem man sich selbst kaum verhehlte, daß man ihn schlechterdings unbegreiflich fand, und den man deshalb, wie stets in solchen Fällen, auf den „starren Buchstabenformalismus" des Römischen Rechts zurückwarf. Wir meinen den civilistischen Grundsatz, daß, wenn der zur Zeit des Todes nächste Agnat ausschlägt oder stirbt, das ganze Erbrecht der Agnatenklasse, und nicht weniger auch das der Gentilenklasse fortfällt, statt daß die andern Agnaten und resp. die Gentilen an die Reihe kommen, oder wie die Römer diesen Grundsatz ausdrücken: „in legitimis hereditatibus successio non est."[1]

Noch der neueste Schriftsteller Ihering in seinem „Geist des Römischen Rechts"[2] äußert sich, näher darauf eingehend, hierüber folgendermaßen[3]: „Das Wort proximus (in den Zwölf Tafeln) mußte als Vorwand zur Ausschließung der successio graduum, die folgenden: si agnatus nec escit zur Ausschließung der successio ordinum dienen. Beide Passus nahm man nämlich im absoluten Sinn, d. h. wenn ein nächster Agnat im Moment des Todes des Erblassers existirte, am Leben war, mochte er im übrigen auch die Erbschaft ausgeschlagen haben, oder vor der Antretung derselben verstorben sein, so erklärte man den nächstfolgenden Agnaten nichtsdestoweniger für beseitigt, weil er im Moment des Todes des Erblassers nicht der proximus gewesen, und ebenso ließ man in dem Fall die Gentilen nicht zu, weil sie nur für den Fall si agnatus nec escit gerufen waren, der spätere Tod oder Verzicht des Agnaten aber die Existenz desselben nicht ungeschehen machen konnte. Es war dies in der That ein Musterstück der Wortinterpretation(!), denn bei unbefangener Betrachtung kann man sich doch nicht verhehlen,

[1] Paulus, R. S., IV, 8, §. 23; Ulpian, XXVI, §. 5; Gajus, III, §§. 11, 12.
[2] II, 483 (Leipzig 1858).
[3] Vgl. oben S. 191, Note 3.

daß bei der Intestaterbfolgeordnung der Entferntere nicht an sich und schlechthin, sondern nur im Interesse des Nähern ausgeschlossen ist, daß mithin, wenn letzterer später ausfällt, kein Grund abzusehen ist, warum der Entferntere nicht einrücken soll, da er, wenn auch nicht absolut, so doch relativ für diese Erbschaft jetzt der Nächste geworden ist. Wir würden daher, wenn jene Ausdrücke in einem heutigen Gesetz vorkämen, sie im relativen Sinn interpretiren, d. h. sagen: Der nächste Agnat ist derjenige, dem für diese Erbschaft kein näherer im Wege steht, und ebenso sind die Gentilen zuzulassen, wenn in diesem Sinne kein Agnat existirt, d. h. sein Erbrecht geltend machen kann oder will."[1]

Ihering hat ganz recht! Wenn man mit deutschem Bewußtsein an das Römische Recht herangeht, wenn man die Erbschaft für eine Vermögenszuwendung, die Intestaterbschaft für ein Recht der Familienglieder u. s. w. hält, kurz, wenn man alles für etwas anderes hält, als es wirklich ist, wie sollte man nicht im Römischen Recht etwas anderes zu finden erwarten, als man wirklich findet? Und so bleibt dann, weil doch alles seine Erklärung haben will, freilich nichts anderes übrig, als diese in den starren Buchstabenformalismus zu setzen, der, wenn er wirklich als solcher dieses „Musterstück" von Wortinterpretation geliefert hätte, damit nur ein Musterstück von Sinnlosigkeit zu Tage gefördert haben würde. Denn wenn wirklich „die Agnaten", wie in diesem Raisonnement vorausgesetzt wird, die zur Intestaterbschaft Berufenen gewesen wären, d. h. wenn ihnen als einzelnen Personen ein eventuelles Erbrecht vom Zwölftafelgesetze übertragen worden wäre[2], so würden die römischen Juristen ohne Zweifel ebenso gut wie die unserigen eingesehen haben, daß dann der bloße Ausdruck proximus agnatus die entferntern Agnaten bei dem Fortfall des erstern keineswegs ausgeschlossen haben würde. Im Gegentheil wäre dies rechtlich-unmöglich, wäre schlechthin unjuristisch gewesen; denn wäre durch das Intestatgesetz den einzelnen zu der Agnation gehörigen Personen als solchen ein eventuelles Erbrecht ertheilt gewesen, so wäre der Tod des vorhergehenden Agnaten ja gerade die rechtliche Bedingung[3] für die actuelle Verwirklichung des eventuellen Rechts der auf ihn folgenden Agnaten, nicht aber ein Grund für den Fortfall des Rechts derselben gewesen.

Die römischen Juristen würden dann also nicht „Wortinterpretation", sondern schnödeste Wortmishandlung und sinnloseste Gesetzesverstümmelung

---

[1] Ebenso in der Sache: Gans (II, 381 fg.), Savigny, und überhaupt alle Autoren.

[2] Vgl. Bd. 1, S. 428.

[3] Und als solche rechtliche Bedingung im Gesetz selbst enthalten.

getrieben haben; sie würden das vom Gesetz den Agnaten gegebene Recht schlechthin widerrechtlich fortgeleugnet haben.

In der That gibt dies ja auch die „unbefangene Betrachtung" vollkommen zu, indem sie sich das Dasein des Rechts der entferntern Agnaten „nicht verhehlen kann".

Was in diesem „Nichtverhehlen" heraustritt, ist nur das Eingeständniß, daß das juristische Wissen von heute von dem juristischen Wissen von damals sehr weit entfernt ist und jedes Verständniß desselben verloren hat.

Bereits muß aber nach unsern vorhergehenden Erörterungen der Grund, warum schlechterdings keine successio graduum, keine Aufeinanderfolge der einzelnen agnatischen Personen im Intestaterbrecht stattfinden kann, vollkommen evident sein.

Sie kann nicht stattfinden, weil ja das Intestaterbrecht, wie wir sahen, gar kein Erbrecht der einzelnen Individuen, kein Erbrecht der Familienmitglieder, sondern nur ein Erbrecht der *ordo* ist, ein Erbrecht der Idee der in diese Kreise gegliederten allgemeinen Willensgemeinschaft, vertreten durch den, der für den Verstorbenen der zeitige wirkliche Repräsentant dieses Kreises, der Träger dieser Idee, der nächste Agnat und also der lebendige Durchgangspunkt ist, durch den hindurch sich der Zusammenhang des Gestorbenen mit diesem Willenskreise überhaupt vermittelt. Es ist ein Erbrecht der *ordines*, d. h. der Reihen, in welche die allgemeine Willensgemeinschaft sich gliedert, vertreten und lebendig in dem Führer dieser Reihe, dem nächsten Agnaten! Ein Erbrecht der Reihe, also nicht der Reihe, insofern sie nicht Reihe ist, der Reihe, insofern sie aufgelöst ist in Individuen — insofern wäre sie ja eben schon formell keine Reihe, was aber inhaltlich nichts anderes heißt, als daß in diesen Punkten (Individuen) ein rein persönliches von Punkt zu Punkt gehendes Verhältniß (Familienverwandtschaft) existent sein könnte, niemals aber eine Gliederung des allgemeinen Willens des Volkes vorhanden sein würde.[1] Es ist ein Erbrecht der Reihen, ein Erbrecht der Colonnen, durch welche die römische Individualität auf ihrem Hintergrund, dem allgemeinen Volkswillen, steht und mit ihm vermittelt ist.

Hat also der Führer der Colonne ausgeschlagen, so hat die Colonne ausgeschlagen! Oder vielmehr, sie hat gar nichts auszuschlagen, denn das Erbrecht war niemals das ihrige als das der Einzelnen, aus denen die Colonne sich zusammensetzt, sondern es war das Erbrecht

[1] Gliederung eines Allgemeinen in einer Vielheit von Einzelnen ist eben: Reihe.

der Colonne als solche und so in ihrem Führer lebendig und repräsentirt.

Mit andern Worten, die jetzt vollkommen durchsichtig sein müssen: Es ist kein Erbrecht „der Agnaten und Gentilen", wie man sich stets ausdrückt, schon in dieser unmerklich geänderten Ausdrucksform das Falsche hineintragend, sondern es ist ein Erbrecht der Agnation und Gentilität; diese Begriffe sind es, die berufen sind, in die Willenssubjectivität einzutreten und sie fortzusetzen, wenn sie stirbt, und wenn daher der zu dieser Zeit nächste Agnat, derjenige, welcher als Durchgangspunkt die gewesene Willensidentität in sich darstellt[1] und das Individuum so mit dem Gesammtkreis der Agnation verbindet, nicht will, die Willensidentification mit der Willenssubjectivität des Todten (die Adition) nicht vornimmt (ausschlägt oder stirbt), so hat der Begriff des Agnationskreises selbst in seinem Träger nicht gewollt, und von einer successio graduum kann auf diesem Standpunkt nach dem eigenen Gedanken desselben gar keine Rede sein.

Was ist es für ein Wunder, daß hier bei der ordo succedendi, bei der Erbordnung, dasselbe formell zum Vorschein kommt, was von Haus aus materiell das Princip des Erbrechts der Agnation war?

Da das materielle Erbrecht nur ein Erbrecht der *ordo* als solcher ist, nicht der einzelnen Individuen, sondern jener Gliederungen des Allgemeinen ist, wie sollen bei der Erbordnung die einzelnen Personen sich aufeinander folgen können? Es ist vielmehr höchste geistige Nothwendigkeit, es ist höchste Einheit von Form und Inhalt, daß sie dies nicht können. Es ist ganz unmöglich, daß sie es können, denn jedes Gesetz wird dasselbe Princip in der Erbordnung realisiren, was schon das materielle Princip seines Erbrechts ist.

Es ist daher nur das formelle Zumvorscheinkommen desselben Princips, was auch schon sein materielles Erbrechtsprincip war, welches diese successio graduum im alten Intestatrecht ausschließt.

Wenn unsere Autoren das materielle Erbrecht der Zwölf Tafeln nicht verstehen, sich aber hierüber täuschen, so kommt in ihrer Verwunderung über das formelle Erscheinen desselben Princips in Bezug auf die Erbfolge eben auch nur höchst formell zum Vorschein, daß und wie sehr sie sich über das materielle Erbrechtsprincip der Zwölf Tafeln getäuscht haben. Der Begriff des Erbthums allein, der schon diese Einheit von Erbrecht und Erbordnung in sich enthält, weiß diese in ihnen zum Vorschein zu bringen.

Es zeigt sich zugleich aus dem Vorigen, daß es auf eine bestimmte Nähe, auf eine absolute Nähe in der Agnation für dieses Intestatrecht

[1] Siehe oben S. 341 fg.

gar nicht ankommen kann, d. h. daß dasselbe keinen Grad festsetzen kann, jenseit dessen die Agnation nicht wirkt, was es nur könnte, wenn es Familien-, Verwandtschaftsrecht wäre. Hier dagegen ist jede Nähe und Entfernung gleichgültig. Jeder, auch der entfernteste Agnat ist nahe genug, wenn er nur zur Zeit der relativ-nächste[1], d. h. wenn er nur der zeitige Führer der Willenscolonne ist.

Es zeigt sich hierin, wie dies Erbrecht eigentlich eine — was man jetzt nicht mehr misverstehen können wird — Erbordnung ohne Erbrecht ist[2], oder richtiger, daß Erbordnung und Erbrecht absolut in demselben Punkte zusammenfallen und sich erzeugen. Es ist eine Erbordnung ohne ein von dieser getrenntes, den Personen der Agnaten einwohnendes Erbrecht. Es ist wie in einer Schlacht. Auf Vordermanns Rumpf springt Hintermann. Wenn er gerade in diesem Augenblick der Nächste in der Reihe, in der Ordnung, sein wird, wird er auch dies Recht haben und den Verblichenen fortsetzen können. Ist er nicht der Nächste in der Reihe, hat er auch kein Recht, kann nicht springen.

Durch diese Betrachtung wird vielleicht am deutlichsten, warum von einer successio graduum nicht die Rede sein kann. Denn der einzelne Agnat hat als solcher gar kein Recht, und hat es nie gehabt; er wird es erst bekommen, wenn er in jenem Zeitmoment an jenem Fleck stehen wird. Es ist reine Ordnung, und von hier aus erklärt sich der innere Grund der großen Vorliebe, mit welcher die römischen Juristen für das Intestaterbrecht den Ausdruck *ordo* succedendi gebrauchen. Und ebenso folgt daraus, wie, wenn die ganze Reihe nicht da ist, jetzt die andere Reihe, die Gentilität, einrücken muß.

Aber, wird man vielleicht fragen, wenn die successio graduum

---

[1] Es ergibt sich beiläufig aus dem Obigen, mit welcher merkwürdigen Begriffsverwechselung Gans a. a. O. das Intestatrecht der Zwölf Tafeln, weil er dasselbe ebenso wenig begreift, als das der „absoluten Nähe", charakterisiren und erklären will. Die absolute Nähe wäre eine bestimmte Nähe, eine in sich selbst ruhende Nähe, jenseit welcher keine Nähe mehr ist. Das Intestatrecht der Zwölf Tafeln ist vielmehr das der relativen Nähe. Der relativ Nächste ist berufen.

[2] Um dies deutlicher zu machen: In den deutschen Familienfideicommissen z. B. ist eine Erbordnung vorhanden, die gleichfalls nur auf den nächsten Agnaten geht, und ein Erbrecht, das der ganzen Familie übertragen ist, sodaß das Erbrecht derselben von der Erbordnung getrennt und selbständig ist und nur innerhalb dieser ordo succedendi in die Erbschaft einrückt. Ebenso in der durch Justinian vorgenommenen Umwälzung des Intestatrechts, über die wir noch sprechen werden. Nur das Begreifen dieses Unterschiedes von dem Obigen, wo außer der Erbordnung kein über sie hinausgehendes Erbrecht da ist, gibt den Begriff des alten Intestatrechts.

auch ausgeschlossen sein muß, warum ist auch die successio ordinum ausgeschlossen? Wenn auch mit dem Nichtfortsetzenwollen des nächsten Agnaten der ganze Agnatenkreis ausgeschlossen sein muß, warum kommen die Gentilen nicht an die Reihe? Und würde dies nicht gerade durch jenes Erbrecht der ordo erfordert sein?

Allein auch diese Frage würde nur beweisen, daß man den gesammten Begriff des Erbthums und des Intestaterbthums insbesondere aus den Augen verloren hat.

Der Erbe ist die Willensidentität und Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjectivität, der testamentarische Erbe der ausdrücklich gesetzte, der Intestaterbe der vorausgesetzte individuelle Wille des Todten. Dies hatte sich uns als der allgemeine, formelle Begriff des Intestaterbthums ergeben.

Wird also im Intestaterbrecht der individuelle Wille des Todten auch als ein vorausgesetzter behandelt und fortgesetzt, so muß er doch als ein bestimmter behandelt werden, sonst würde er gar nicht als Wille behandelt. Denn jeder Wille ist dies, ein bestimmter zu sein. Der Wille des Todten ist also, obgleich ein vorausgesetzter, doch immer als ein bestimmter vorausgesetzt, d. h. auf den Willen eines andern bestimmten Individuums gerichtet. Oder durch den vorausgesetzten individuellen Willen des Todten ist daher ein bestimmtes Individuum, der nächste Agnat, dazu berufen: ihm durch seinen Willen Fortexistenz zu geben. Folglich kann, ohne diesen Willen des berufenen Agnaten, also wenn er ausschlägt oder stirbt, dem Willen des Todten keine Fortexistenz von einem Andern gegeben werden, ebenso wenig durch den Willen eines andern Agnaten, oder des Gentilen, wie durch den irgendeines beliebigen Dritten.

Dasselbe, was von seiten des individuellen Willens des Sterbenden, zeigt sich aber auch — denn beides ist identisch — von dem betrachteten inhaltlichen Begriffe des Intestatrechts, von dem Erbbegriff der ordo aus. So wenig wie ein entfernterer Agnat vorspringen kann, weil er nicht an der Reihe ist, so wenig kann natürlich der Gentile springen, denn der vor ihm stehende Agnat hindert ihn. Die Reihe der Gentilität steht ja erst hinter den Agnaten, und der letzte Agnat ist daher noch der Vordermann des Gentilen. Oder, um von dem Bilde abzusehen: Welches ist denn überhaupt der inhaltliche Grund des gentilischen und agnatischen Erbrechts? Die Gliederung des allgemeinen Willens, in welcher sich dieser mit dem individuellen Willen, und der individuelle Wille mit dem allgemeinen vermittelt. Mit dem Willenskreise der Gentilität ist aber der Römer erst durch den Agnaten vermittelt, wie er erst durch die Gentilität mit dem allgemeinen Willen des Volkes vermittelt ist. Wie das Individuum erst suus ist, dann gewesene Willensidentität oder

Agnat, so ist es erst durch diese gewesene Willensidentität mit dem Hintergrunde ihres Willenskreises, dem Willenskreise der Stammeseinheit, und durch diesen erst mit der ganzen großen Willensgemeinschaft des Volkes vermittelt. Wenn also jenes „durch" noch vorhanden ist, wenn ein zur Zeit des Todes vorhandener Träger des Willenskreises, durch welchen das Individuum erst mit dem Willenskreise der Stammeseinheit vermittelt ist, direct oder indirect ausschlägt, der Willenssubjectivität des Todten Fortexistenz zu geben (repudiirt oder stirbt), so hat der Erbe, d. h. der in seinen Gliederungen eingesetzte allgemeine Wille, der durch den vorausgesetzten Willen des Individuums berufen war, ihm Fortexistenz zu geben, sich dessen geweigert[1] und — dies liegt schon im Begriff der Gliederung — der Zusammenhang ist abgebrochen, die angebotene Identität ist ausgeschlagen. Wie wenn der testamentarische oder ausdrückliche Erbe die Identität ausschlägt oder stirbt, das Intestatrecht oder der vorausgesetzte Erbe eintritt, so muß nothwendig, wenn auch dieser vorausgesetzte Erbe, der allgemeine Willenszusammenhang in seinem berechtigten Träger, ausschlägt, der Erblasser erblos werden und sein Vermögen in der alten Zeit des jus civile, d. h. vor der lex Julia et Papia, herrenlos sein, und nach dieser dem ungegliederten rein Allgemeinen des Fiscus anheimfallen.

Alles, was wir hier entwickelt haben, ist nun schon in der graphischen Wortfassung der oben mitgetheilten Zwölftafelstellen vollständig enthalten. Darum also sagt das Zwölftafelgesetz nur: agnatus proximus habeto, und nichts davon, daß etwa die Agnaten nach dem Vorrang der Nähe haben sollen; darum beruft es den Gentilen nur „si agnatus nec sit", wie es darum nur die Familie vererbt, aber mit keinem Laute sie als das erbende Princip bezeichnet und ebendarum wieder den suus nur als einen seinem intestatgesetzlichen Verfügen Vorhergehenden bezeichnet. Es ist dies alles nicht, wie unsere Juristen glauben, bloße Worte, zufällige Ausdrucksweisen, sondern in Stein geschnittene Begriffe. Es sind also reine Wortinterpretation, die wir die ganze Zeit hindurch innerlich getrieben haben. Aber freilich durch die bloße Wortinterpretation wird niemand weder dies noch Aehnliches finden! Und die römischen Juristen selbst würden es durch bloße Wortinterpretation ebenso wenig gefunden haben. Aber in ihnen lebte die Substanz des Rechts, wie der religiöse Geist der Gemeinde, in voller religiöser Unmittelbarkeit.[2] In dieser Religion des Rechts oder, was dasselbe ist, des Willensbegriffs, welche den historischen Inhalt des römischen Volksgeistes darstellt, war der Gott nicht das Object, sondern vor

[1] Der Tod ist gleichfalls — nur eine physische — Weigerung dieses Willens

[2] Vgl. oben Nr. X und XV.

allem als in seiner Gemeinde gegenwärtiges und thätiges Subject in ihnen; nicht durch die Wortinterpretation des Zwölftafelgesetzes als eines bloßen Gegenstandes ihrer Betrachtung, sondern durch das Dasein und die Fortwirkung desselben Geistes in ihnen, aus welchem auch das Zwölftafelgesetz geflossen war, fanden sie ihre civilrechtlichen Sätze, und mit Recht heißen sie darum in diesem tiefsten Sinne „Rechtsquellen". Denn aus ihnen ist es heraufgequollen, sie haben es aus sich schaffend producirt in religiöser Inbrunst des Geistes, wie die Griechen die Kunst, welche diese ebenso wenig nach dem freien Bewußtsein ästhetischer Theorien geschaffen haben. Und so werden sie Rechtsquellen bleiben für alle Zeiten, wie die Griechen Kunstquellen bleiben werden für die Ewigkeit.

Mit dieser Unmittelbarkeit des Rechts in uns ist es nothwendig und unwiderruflich vorbei, und diese Unmittelbarkeit werden wir durch keine Wortinterpretation ersetzen. Das Einzige, wodurch wir sie ersetzen und den Gedankengang der römischen Juristen zu durchdringen vermögen, ist das höhere Bewußtsein des speculativen Begriffs, der dann an der Wortfassung der Zwölf Tafeln u. s. w., wie dies bei den römischen Juristen selbst der Fall war, nur ein Correctiv, nicht den productiven Quell seiner Auffassung findet.

Wie wenig bei den römischen Juristen von „Wortinterpretation" die Rede ist, zeigt nichts besser als gerade das Intestatrecht. Diese Anschauung widerlegen und das Intestatrecht positiv entwickeln, ist ganz dasselbe und läßt sich ineinander leisten.

Wo spricht das Zwölftafelgesetz ein einziges Wort von dem consanguineus? Woher stammt also, wenn die römischen Juristen Wortinterpretation treiben, die eigenthümliche Stellung, die sie dem consanguineus und der consanguinea geben, denselben, wie aus dem Wortlaut des Zwölftafelgesetzes folgt, nur wie einen Agnaten überhaupt, und ihn dennoch ebenso wieder wie eine besondere Classe behandelnd, eine Frage, die schon häufig zu gerechter Verwunderung Anlaß gegeben hat?

Sehen wir, wie genau sie unter der Einwirkung des entwickelten speculativen Begriffs gearbeitet haben! — Wir sahen, daß der Begriff der Agnation der ist, daß zwei Personen in einem dritten verschwundenen Subject ihre gewesene, nur ideelle, in der Erinnerung vorhandene Willensidentität haben. Insofern ist jeder Agnat, wie nahe oder entfernt er sei, nur dasselbe, was der andere, nur näherer oder entfernterer Agnat. Aber eine Abtheilung in der Agnation gibt es, welche vermöge der natürlichen Nothwendigkeit dies, was ihr Begriff ist, ihre ideelle Willensidentität in einem verschwundenen gemeinschaftlichen Dritten zu haben, auch irgendeinen Zeitraum hindurch realiter in den Personen erfüllt haben muß, sodaß hier die Personen wirklich und selbstlebend in dem

Verstorbenen als Lebenden identisch gewesen sein müssen. Dies sind die Brüder und die Schwestern, der consanguineus und die consanguinea. Der Neffe und der Onkel brauchen dies schon nicht. Denn der Neffe kann geboren worden sein, als das gemeinschaftliche Subject, welcher sein Großvater und des Onkels Vater ist, schon gestorben war. Sie hatten also niemals eine Zeit, wo sie reale Willensidentität mit ihm sein mußten. Es ist ihnen dies auch für den Begriff der Agnation nicht erforderlich; denn da dieser nur derjenige ist, außerhalb ihrer an einem Dritten eine gewesene Willensidentität zu haben, so ist es gleichgültig, wann diese gewesen ist; oder als aufgehobene nur in der Erinnerung an einen Dritten vorhandene Willensidentität, ist es für diese Begriffsbestimmung gleichgültig, als daseiende und unmittelbare actuelle Willensidentität in ihnen existirt haben zu müssen. Ueberdies kann der Onkel und der Neffe, die Tochter und der Enkel dasselbe Verhältniß zueinander gehabt haben. Sie können in dem gemeinschaftlichen Vater und Großvater ebenso identisch gewesen sein, denn er kann bei ihrer aller Geburt gelebt haben. Sie brauchen es nur nicht zu sein. Von demselben Vater erzeugte Geschwister aber müssen immer einen Moment gehabt haben, wo sie in ihm als einem noch Lebenden actuell willensidentisch waren. Von selbst bestimmt sich hiernach der consanguineus und die consanguinea als das adäquateste Gesetztsein des Agnationsbegriffs, als diejenige Realität desselben, in welcher alle seine Momente, sowol die gewesene Willensidentität im Dritten, als das Gewesensein derselben, in formeller Existenz gesetzt sind; als diejenige Abtheilung der Agnation, über welche hinaus der Begriff der Agnation, wie wir oben an den Worten Ulpian's zeigten (S. 343), bereits in die ideelle Gemeinschaftlichkeit des Ursprungs, oder die Gentilen überzugehen beginnt. Aber wieder nur der Begriff der Agnation geht über; die Agnaten selbst als Personen folgen diesem Uebergang nicht, denn sie können, in den verschiedensten Verwandtschaftsgraden stehend, alle noch von der Gewalt desselben Gewalthabers beherrscht und seine sui gewesen sein, wonach sie dann auch realiter ganz dasselbe untereinander durchgemacht haben, wie die consanguinei. Der consanguineus ist also nur das formellere Gesetztsein des agnatischen Begriffs. Er ist nur das Gesetztsein dessen, daß jenes Gewesene, welches den Begriff der Agnation bildet, in ihm selbst einmal auch nicht ein Gewesenes, sondern nur ein Seiendes war, während es dies im Agnaten schlechthin nur gewesen sein kann.

So erweist sich denn aufs genaueste die begriffliche Nothwendigkeit jener scheinbar ebenso sehr dem Zwölftafelgesetz als sogar sich selbst widersprechenden Behandlung, welche die römischen Juristen dem consanguineus angedeihen lassen, ihn bald als Agnaten schlechthin, bald wieder

als etwas Besonderes nehmend. Und sofort ergibt sich aus dem Gesagten eine sehr reale Consequenz in Bezug auf die consanguinea. Die Tochter ist, wie wir das bei der Suität gesehen haben, *für sich selbst* die freie, sui juris gewordene Willenssubjectivität des Vaters, so gut wie der Sohn. Aber sie kann, wie wir diesen Unterschied bedeutungsvoll schon bei der Suität selbst hervorbrechen sahen (s. S. 214 fg., 218 fg.), da sie ihrerseits nicht wieder in der *Gewalt* haben kann, ihre Willenssubjectivität nicht fortsetzen, nicht festhalten. In Bezug auf das Verhältniß der Schwester zum Bruder kann dies keinen Unterschied machen. Sie war mit ihm nothwendig in derselben Gewalt, war mit ihm realiter in der Identität derselben Willenssubjectivität eingeschlossen. Sie ist daher, nach dem Tode derselben, *gewesene* Willensidentität mit ihm, sie *hält* nicht fest, aber sie *wird* festgehalten von derselben Willenssubjectivität in ihr und ihm, sie ist daher ebenso gut agnata wie jeder agnatus. Als consanguinea beerbt sie ihn daher. Aber wie steht, wenn der Bruder todt ist, ihr Verhältniß zu dessen Sohn? Mit diesem war sie *nicht* mehr in derselben Gewalt. Oder mindestens wenn der Vater bei Geburt dieses Enkels noch lebte, war dies ein Zufälliges. Ihrem *Begriffe* nach ist es nicht gesetzt, daß sie mit ihm in derselben Gewalt gestanden haben muß; ihrem *Begriffe*, d. h. dem Begriff ihres Verhältnisses zueinander, ist dies *fremd* und zufällig, daß der Gewalthaber bei der Enkelserzeugung noch gelebt haben muß. Standen sie aber begrifflich nicht in der Einheit desselben Willens, so ist *sie* auch nicht gewesene Willensidentität oder Agnat in Bezug auf *ihn*. Denn *sie* als Weib ist ebendies, des Vaters Willenssubjectivität nur *für sich* zu sein, nur *von ihr festgehalten* zu sein, *nicht* aber sie in *Bezug auf andere Personen festhalten und fortsetzen* zu können. Umgekehrt ist er in Bezug auf sie Agnat, denn er ist eben als Mann und Gewalthaber dies, die in ihm seiende Willenssubjectivität auch in Bezug auf andere fortsetzen und festhalten zu können. *Festgehalten* von ihrer Willenssubjectivität und sie nicht in Bezug auf Andere festhaltend, ist er also, der Neffe, mit ihr, *sie* nicht mit ihm gewesene Willensidentität; oder sie ist für ihn nur *Passiv-*, nicht *Activagnat*. Das heißt also, *es ergibt sich hier die Lehre der römischen Juristen: Das Weib erbt agnatisch nur als consanguinea; in allen weitern Graden beerbt sie nicht die Agnaten, wird aber von ihnen agnatisch beerbt*, eine Lehre[1], von der zu keinem Theile auch nur die geringste Spur in den Worten des Intestatgesetzes der Zwölf Tafeln nachgewiesen werden kann, die diesen vielmehr fast zu widersprechen scheint und dennoch, wie wir gesehen, unter der strengen

[1] §. 3 Inst. de legit. succ. (3, 2); vgl. über den consangineus Paulus, R. S., IV, 8, 3; Gajus, III, 10, 14 u. a.

Fortwirkung des im Zwölftafelgesetz vorhandenen speculativen Begriffs von den römischen Juristen erzeugt ist. Justinian beschuldigt daher hier sogar die Juristen, durch willkürlich ausgeklügelte Subtilitäten das Zwölftafelgesetz corrumpirt zu haben: „Media autem jurisprudentia, quae aut lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata, praefatam differentiam inducebat etc.", wogegen er das Zwölftafelgesetz wiederherstellen zu wollen erklärt („nos vero legem duodecim tabularum sequentes et ejus vestigia in hac parte conservantes"), und eher noch begreift sich dieser Vorwurf, so falsch er ist und so sehr er die organische Gedankenfortbildung übersieht, als die Ansicht unserer Autoren über die „Wortinterpretation" der römischen Civilisten.

Dasselbe, was uns das jus civile gezeigt hat, zeigt uns nun auch, wie eine Probe auf das Rechenexempel, die negative Umgestaltung desselben, oder die Geschichte des Rechts. Justinian ist es, welcher, das civile Intestaterbrecht im Geiste unserer Autoren abändernd, die successio graduum in dasselbe einführt.[1] Er selbst aber behauptet nicht einmal, daß der Grundsatz in legitimis hereditatibus successio non est blos durch eine „subtilitas quaedam" der Juristen in das Zwölftafelrecht hineingetragen sei, wie er dies allerdings häufig thut, wenn er einen Punkt des alten jus civile ganz und gar nicht mehr versteht.[2] Er gibt vielmehr dies als das wirkliche Princip des alten Rechts zu[3] und stellt seine Abänderung desselben dagegen offen auf den Boden des prätorischen Princips: „Quod iterum praetores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure iis recluso. Sed nos, nihil deesse perfectissimo jure cupientes, nostra constitutione[4] quam de jure patronatus *humanitate suggerente* protulimus, sanximus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse iis denegandam, quum *satis absurdum erat, quod cognatis a praetore apertum est, hoc agnatis esse reclusum.*"[5]

---

[1] §. 7 Inst. de legit. adgn. succ. (3, 2).

[2] Z. B. gerade daselbst, §. 3, in Bezug auf die consanguinea: „Et haec quidem *lex duodecim tabularum nullo modo introduxit. ... Media autem jurisprudentia* quae erat lege duodecim tabularum junior, imperiali autem dispositione anterior, *subtilitate quadam excogitata*, praefatam differentiam inducebat etc."

[3] „Placebat autem in eo genere percipiendarum heredidatum successionem non esse etc."

[4] L. 4, C. 6, 4.

[5] Zugleich zeigt sich hier erst das tiefste Fundament für die Lehre, die wir im ersten Bande, in der Note zu S. 428, in Bezug auf das Erworbensein der

Es gibt nichts Lehrreicheres, nichts begrifflich Inhaltvolleres, nichts für unsere gesammten Entwickelungen über das Intestatrecht Beweisenderes, als was in den hier berührten geschichtlichen Thatsachen enthalten ist.

Das prätorische Princip der Cognation, weil es wirklich das Erbrecht der Familie ist, wofür unsere Autoren das Civilintestatrecht stets halten, tritt deshalb von vornherein mit dem Princip der *successio graduum* auf. Es kommt hier so zu seinem positiven Beweise, was wir oben aus dem Begriffe entwickelt haben, daß jedes Erbrecht, welches Familienerbrecht ist, die einzelnen Familienpersonen als solche mit einem eventuellen Erbrecht befassen und folglich die successio graduum in sich enthalten muß; zu seinem umgekehrten Beweise somit, daß das Civilintestatrecht, welches dies nicht thut, auch kein Familienerbrecht sein kann, und eben weil es kein solches ist, auch eine solche successio nicht kennen kann.

Aber ferner! Der Grundsatz, daß im Civilintestatrecht keine Suc-

---

Intestatdelation entwickelt haben. Vor Justinian ist das Intestatrecht nicht einmal Familienrecht; der einzelne Agnat als solcher ist gar nicht einmal damit befaßt, sondern nur, insofern er die Idee des Kreises zur Todeszeit repräsentirt. Mit Justinian tritt nun allerdings, wie wir dort bereits zeigten, eine eventuelle Delation für jeden einzelnen Agnaten ein, und als ein durch die Familienzeugung vermitteltes Recht kann dies ein erworbenes Recht scheinen. Allein, was ist denn durch dies Recht erworben? Keinesfalls doch mehr, als durch dasselbe gegeben ist. Und gegeben ist, vor wie nach Justinian, durch dies immer noch ganz bedingte und eventuelle Recht nichts anderes als dies: sich mit der Willenssubjectivität des Erblassers identificiren zu können, wenn derselbe ohne Testament gestorben, d. h. wenn man der durch seinen vorausgesetzten Willen (Intestatgesetz) dazu berufene Wille sein wird. Wenn sein Ruf aufgehört hat, während man wartete, ist es zu spät, ihn erfüllen zu wollen. Wenn der allgemeine Wille, mit dem der vorausgesetzte des Todten identisch ist, d. h. das Intestatgesetz, sich geändert hat und einen andern ruft, so kann jetzt nur dieser den Ruf erfüllen. Darum bleibt es dabei, daß man nach Römischem Recht die deferirte Intestaterbschaft durch ein vor der Adition die Delation änderndes Intestatgesetz verliert. Man verliert, wie wir schon a. a. O. zeigten, das Recht auf Adition ebenso gut durch den physischen Untergang unserer Willensfähigkeit dazu (Tod), wie durch den rechtlichen Untergang unserer Fähigkeit (Gesetzeswechsel). Beides entspricht sich immer und muß sich entsprechen, denn Untergang bleibt Untergang, und es ist wunderbar, wie dies so lange übersehen werden konnte. Der germanische Erbe, der freilich durch den Wechsel des Intestatgesetzes nach dem Tode des Erblassers nichts verliert, verliert ebendarum auch durch seinen Tod nichts, sondern überträgt das schon ererbte Eigenthum. Ihn beruft aber das Intestatgesetz auch gar nicht zu einer Willenshandlung, zur Fortsetzung eines Todten, und es beruft ihn also überhaupt zu nichts, sondern es gibt ihm Sachen, und die hat er dann freilich sofort mit diesem ideellen Moment des gesetzlichen Gebens. Genauer wird sich der Unterschied in der zweiten Abtheilung entwickeln.

cession ist, er, der nach unsern Juristen aus einer bloßen starren, innerlich unmotivirten Wortinterpretation entsprungen ist, umfaßt unbewegt, unverändert, ohne daß auch nur an ihm gerüttelt wird, den gesammten Zeitraum der eigentlichen Geschichte des Römischen Rechts, von seinem ersten uns historisch bekannten Anfang, dem Zwölftafelgesetz an, bis zu seinem letzten Ende und Untergang, der justinianeischen Gesetzgebung; einen Zeitraum von einem Jahrtausend!

Diese Wortinterpretation zeigt sich so identisch mit dem Begriffe und dem Bestehen des römischen Geistes selbst.

Während dieses Jahrtausends wankt, stürzt, ändert sich alles in der Welt des römischen Geistes, die gewaltigsten Umwälzungen vollbringen sich. Aber diese Wortinterpretation bleibt bestehen. Während dieser Zeit vollbringt sich natürlich auch auf dem Gebiete des Intestatrechts — die römischen Revolutionen sind vor allen andern Rechtsrevolutionen — der gewaltigste Wechsel. Der Prätor läuft mit der bonorum possessio in den verschiedensten Gestaltungen Sturm auf es, das cognatische Princip der Familie schießt Bresche in es, aber durch alles dies wird das Civilintestatrecht nur aus seinem Machtgebiet mehr und mehr in einen Winkel zurückgedrängt, es muß mehr und mehr den Platz dem neben ihm und außerhalb seiner sich erhebenden prätorischen Princip der Familie und des Vermögens räumen. Allein mindestens in diesem Winkel, der ihm noch bleibt, innerhalb seiner und insofern civiles Intestatrecht da ist, behauptet es sich rein! Nicht genug! Auch innerhalb seiner wechselt das Intestaterbrecht seinen inhaltlichen Begriff. Mit der geänderten Gestalt der römischen Gesellschaft tritt an die Stelle des verschwundenen Erbrechts der Gentilen, unter den Kaisern das Erbrecht der Standesgenossenschaften in einem das Mittelalter anbahnenden Sinne, das Erbrecht der Erwerbs- und Berufsgenossenschaften an Stelle des Erbrechts der altrömischen Willenskreise (s. oben S. 323, Note 3).

Aber so hat das Intestatrecht nur seinen Inhalt geändert und mußte ihn ändern mit der organischen Umänderung, die im Dasein der Gesellschaft selbst eingetreten ist. So hat es nur die Antwort auf die Frage geändert, was denn der Inhalt des allgemeinen Willens oder des Volkes sei, und hat sie naturgemäß aus der jetzigen Beschaffenheit desselben geschöpft. Aber seinen formellen Begriff: der allgemeine Wille vorausgesetzt als der Wille des Individuums zu sein, hat es noch nicht geändert. Solange das Civilintestatrecht Civilintestatrecht bleibt, muß es diesen seinen formellen Begriff behaupten und die successio ausschließen. Erst mit Justinian, als der römische Geist an seinem Ende angelangt und zu Ende ist, erst jetzt, wo das prätorische Princip sich völlig in das Civilrecht selbst hinein und an dessen Stelle setzt;

erst jetzt, wo, wie wir an jedem Punkte unsers Stoffes besonders gezeigt haben, das Erbthum sein wirkliches Princip verloren hat und zum Vermögens und Familienrecht (beides an sich identische Begriffe im Erbthum) geworden ist, über welchem sein früherer Geist nur noch als geisterhafter Schatten schwebt[1] und festgehalten wird; erst jetzt, wo es an sich, d. h. als todtes Ende seines langen Processes und in sich selbst widersprechender Form sich zu dem hingetrieben und angenähert hat, womit der germanische Geist als seinem wirklich und darum in wahrhaft begrifflicher Consequenz auftretenden Princip anfängt; — erst jetzt kann die successio graduum im Civilintestatrecht, das nicht mehr Civilintestatrecht und zum individuellen Rechte der Familienglieder geworden ist, eintreten.

Eine Wissenschaft, die in den glänzendsten ihrer Vertreter, und ohne Ausnahme, ein so im tiefsten Sinne des Worts welthistorisches Factum für eine äußerliche „Wortinterpretation" auffassen kann, richtet damit sich selbst, zeigt dadurch allein, wie sie es übrigens auch auf jedem andern Punkte wieder selbständig und von neuem zeigt, daß ihr von den gesammten Adern ihres Stoffes auch nicht eine einzige bekannt gewesen, zeigt, daß sie ihre gesammte Methode umändern und ganz von vorn wieder anfangen muß, wenn sie Wissenschaft werden will.

Wohin wir uns auch nun wenden im Gebiete des Intestaterbrechts, ist alles klar und durchsichtig. Für den enthüllten Begriff gibt es keine Schwierigkeit mehr. Das concrete Material wird, statt eine Schwierigkeit für ihn zu bilden, ihm vielmehr nur Anlaß geben, auch die letzte verborgenste Falte hervorzukehren, die er noch in sich trägt.

Betrachten wir zunächst das Wissen bei der intestaterbrechtlichen Adition und sein Verhältniß zum testamentarischen.

Ulpian sagt[2]: „Heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem; sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse; si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit, neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quonium nondum ei fuerit delata."

Also erstens: Der testamentarische Erbe, wenn er als testamentarischer ausschlug, verliert damit noch nicht sein Intestaterbrecht. Zweitens: Der bloße Intestaterbe, wenn er, glaubend, daß er im Testament eingesetzt sei, ausschlug, verliert damit noch nicht sein Intestaterbthum. Aber drit-

[1] Vgl. oben S. 78, Note 1, und überall bei der Entwickelung Justinianeischer Gesetze.

[2] L. 17, §. 1, de acqu. vel. om. her. (29, 2).

tens: Der Intestaterbe, der als solcher ausschlug, wissend, daß er auch eingesetzter Erbe, verliert damit nicht nur das Intestaterbthum, sondern auch das nicht ausgeschlagene testamentarische; während viertens: der Intestaterbe, der als solcher ausschlägt, nicht wissend, daß er auch testamentarischer sei, weder sein testamentarisches Erbrecht, da er dieses nicht ausgeschlagen, noch sein Intestaterbrecht, weil dieses ihm noch nicht deferirt war, verliert.

Die Juristen scheinen es freilich hier leicht zu haben. Denn sie werden mit Savigny sagen: daß der Erbe „die Art der Delation" wissen muß, wenn seine Antretung oder Ausschlagung von Wirksamkeit sein soll. Allein wir haben früher nachgewiesen[1], daß dies Princip, „die Art der Delation" wissen zu müssen, durchaus nicht das richtige ist; kann es die hier vorliegenden vier Fälle zunächst zu decken scheinen, so deckt es, wie wir bewiesen haben, andere Fälle nicht, und ist daher auch bei jenen, wie sich übrigens noch beiläufig an ihnen selbst ergeben wird, so wenig wie bei diesen das Gesetz der Sache.

Allein nicht nur das Princip unserer Juristen ist, wie von früher her feststeht, nicht richtig, sondern Ulpian's eigenes Princip, das er im vierten Falle hierbei ausspricht, erweist sich als unrichtig, und er befindet sich, wie es scheinen muß, im dritten und vierten Falle im offenbarsten Widerspruch mit sich selbst. Denn im vierten Falle sagt er, der Intestaterbe, welcher, nicht wissend, daß er auch testamentarischer Erbe sei, die Intestaterbschaft ausschlage, verliere damit die testamentarische Erbschaft nicht. Warum nicht? Quoniam *hanc* non repudiavit. Weil er diese nicht ausschlug. Gut, aber warum beherzigt Ulpian dies nicht auch im dritten Falle, wo er von dem Intestaterben, der, wissend, daß er auch Testamentserbe sei, die Intestaterbschaft ausschlägt, sagt, daß er dadurch auch die testamentarische verliere? Kann nach dem frühern der Erbe hier nicht ebenso gut sagen: *hanc* non repudiavi, als Testamentserbe, oder die testamentarische Erbschaft habe ich nicht ausgeschlagen? Indessen, dies ist nur der Anfang des Widerspruchs, und Ulpian löst ihn wenigstens in den Worten auf, indem er sagt: in diesem Falle sei der die Intestaterbschaft ausschlagende Erbe so anzusehen (credendus), als habe er beide, Intestat- und testamentarische Erbschaft ausgeschlagen (utrumque repudiasse). Warum er hier so anzusehen sei, sagt uns Ulpian freilich nicht. — Aber der substantiellere, auch nicht einmal in den Worten aufgelöste Widerspruch folgt nun erst. Im vierten Falle, wenn der Intestaterbe, welcher weiß, daß er Intestaterbe ist, und blos nicht weiß, daß er auch Testamentserbe ist, die Intestaterbschaft ausschlägt, soll

[1] Siehe oben S. 275, Note 1.

das nicht nur für die Testamentserbschaft, es soll ihm auch für die wissend ausgeschlagene Intestaterbschaft nicht schaden.[1] Warum? Quoniam nondum ei fuerit delata; weil sie ihm noch nicht deferirt sei. Und warum ist sie ihm noch nicht deferirt? Aus einem sehr guten Grunde, werden die Juristen sagen: Weil die Erbschaft ab intestato erst dann deferirt wird, wenn die Testamentserbschaft ausgeschlagen worden ist. Richtig; aber wenn dies so ist, warum verliert im dritten Falle der die Intestaterbschaft ausschlagende testamentarische Erbe mit der testamentarischen zugleich auch die Intestaterbschaft? Warum war ihm also hier die Intestaterbschaft deferirt, ehe die Testamentserbschaft ausgeschlagen war? Man drehe und zerre das Resultat in den Worten herum, soviel man wolle, immer bleibt das sachliche Resultat, daß die Delation der Intestaterbschaft eingetreten ist — denn sonst hätte diese nicht wirksam ausgeschlagen werden können — ehe die Testamentserbschaft ausgeschlagen war: ein Resultat, das allen juristischen Regeln über die Delation mit offenem Hohne ins Gesicht lacht, vollständig dem vorigen Fall widerspricht, wo der sich als Intestaterbe wissende Testaments- und Intestaterbe wirkungslos die Intestaterbschaft — also die gewußte Art der Delation — ausschlagen soll, weil sie ihm vor seinem Ausschlagen der Testamentserbschaft noch nicht deferirt gewesen sei, und also Ulpian selbst des grellsten Widerspruchs mit dem quoniam nondum fuerit delata beschuldigt.[2]

Der Widerspruch ist um so flagranter, als Ulpian selbst in einer kurz vorhergehenden Stelle[3] sagt: „Is qui heres institutus est, vel is cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. Hoc ita verum est, si *in ea causa erat hereditas, ut et adiri posset.*" Also: „Der, welcher zum Erben eingesetzt ist, oder der, welchem ab intestato die Erbschaft deferirt ist, verliert die Erbschaft durch die Repudiation. Dies ist jedoch in dem Sinne zu nehmen, daß er die Erbschaft nur dann verliert, wenn sie auch schon in der Lage war, von ihm angetreten werden zu können." Ueber das Antreten sagt

---

[1] Es geht hier übrigens auch wieder das Princip von dem Wissen der „Art der Delation" in Stücke; denn auch die gewußte „Art der Delation", die Delation ab intestato, verliert hier der ausschlagende Intestaterbe nicht, ohne daß das quoniam nondum ei fuerit delata, wie sich oben sofort zeigt, eine stichhaltige Antwort ist.

[2] Die Juristen scheuen sich daher, statt Ulpian von seinem Widerspruch zu erlösen, den Fall zu berühren. Savigny, a. a. O., III, 382, Note b, zieht dafür, daß der Erbe „die Art der Delation, aus letztem Willen oder gesetzlich u. s. w." wissen müsse, alle möglichen Pandektenstellen an, die L. 13, 14, 15, 16, 19, 22, 23 u. s. w. dieses Titels, aber an der L. 17 wird vorbeigegangen.

[3] L. 13 eod. tit.

doch aber wieder derselbe Ulpian: „quamdiu *potest* ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur“ (L. 39 eod. tit.). Antreten kann also der Intestaterbe nur dann die Erbschaft, wenn die testamentarische Erbschaft ausgeschlagen ist. Ist er selbst beides zugleich, testamentarischer und Intestaterbe, so kann er immerhin durch das Ausschlagen des Testaments sich die Intestaterbschaft nur deferiren, und darum hörten wir ja soeben, daß auch der die Intestaterbschaft wissend ausschlagende gedoppelte Erbe nichts vollbringe, weil sie vor seiner wirksamen Ausschlagung des Testaments noch gar nicht deferirt sei. Hier gehen also wieder mit Krach alle juristischen Regeln über die Delation in Stücke.

Hatten wir früher gezeigt[1], daß die juristischen Regeln über die Delation und Adition den trostlosesten und inhaltslosesten circulus vitiosus bilden, so sehen wir jetzt, daß sie sich sogar gegeneinander empören und sich Lügen strafen. Und gleichwol ist, soviel wir uns wenigstens augenblicklich erinnern, niemals auch nur der Versuch gemacht worden, diese Stelle Ulpian's aufzulösen, und mit den durch sie auf das schneidendste widerlegten Regeln über die Delation und die Adition in Einklang zu bringen.

Aber nicht nur die juristischen Regeln widerlegen sich und Ulpian widerspricht sich hier, sondern auch unser eigenes Princip, das wir sub Nr. XXXIV über das zur Adition oder Repudiation erforderliche speculative Wissen entwickelt haben, scheint hier Schiffbruch zu leiden.

Denn wir sagten dort: Das Wissen, das zur wirksamen Adition oder Repudiation des Erben erforderlich sei, sei dies, die Willensbeziehung zu kennen, die sich der erblasserische Wille zu seiner, des Erben, Willenssubjectivität gegeben habe. Nun ist doch aber beides, Intestaterbthum wie testamentarisches, immer Erbthum, also gesetzte Identität der Willenssubjectivität des Erblassers und des Erben. So oft der Erbe sich also als Erben weiß, weiß er sich als Willensidentität mit dem erblasserischen Willen, und es scheint wenig darauf ankommen zu können, ob er sich als testamentarisch, oder ab intestato berufenen Erben weiß. Zwar sagten wir schon dort, alles komme darauf an, daß der Erblasser die bestimmte qualitative Beziehung wisse, die sich der erblasserische Wille auf ihn gegeben habe. Aber sollte uns hierbei nicht in Bezug auf den Unterschied der testamentarischen und Intestaterbschaft gleichfalls zugestoßen sein, was wir den Juristen so häufig nachwiesen, daß wir einen Unterschied in den Worten statuirten, ohne einen in der Sache angegeben zu haben? Denn zumal, wenn nach unserer Auffassung die Intestaterbschaft gleichfalls von dem individuellen Willen des Erblassers aus-

[1] Siehe oben S. 302 fg.

geht, nur von seinem *vorausgesetzten*, wie kann es darauf ankommen, ob der Erblasser durch seinen ausdrücklichen oder durch seinen vorausgesetzten Willen den Erben zur Identität mit seiner Willenssubjectivität bestimmt hat? Der *vorausgesetzte* Wille ist, da er ja eben *als* sein individueller vorausgesetzt wird, nicht weniger *sein Wille*, als der testamentarische. Ferner bleibt Willensidentität immer Identität; *mehr* als Identität kann zwischen zwei Willenssubjectivitäten nicht stattfinden, und so scheint es ja gerade für die Willensbeziehung, die sich die erblasserische Willenssubjectivität auf die des Erben gegeben hat, realiter völlig gleichgültig und unterschiedslos, ob er ihm diese Identität durch seinen ausdrücklichen oder durch seinen vorausgesetzten Willen angetragen, und jener Unterschied im *Qualitativen* der Willensbeziehung, ob der individuelle Wille durch seinen testamentarischen oder intestatgesetzlichen Ausdruck den Erben zu dieser Identität bestimmt hat, scheint nur ein inhaltsloser Wortunterschied zu sein.

So konnte es allerdings vielleicht noch oben (S. 260) scheinen, und wir eilten daher dort über die Nothwendigkeit des Wissens, ob man testamentarischer oder Intestaterbe sei, so schnell als möglich hinwegzukommen, weil sich der *letzte* Grund derselben allerdings erst im gegenwärtigen Zusammenhange nach Erörterung des *inhaltlichen* Begriffs des Intestatrechts ergeben kann.

Jetzt muß dieser Grund, aber bereits in der vollen Realität seines Inhalts, offen vorliegen.

Wol ist Intestaterbthum, wie testamentarisches, *Identität* der beiden Willenssubjectivitäten[1], wol geht in beiden Fällen diese Willensidentität vom individuellen Willen des Erblassers aus, in dem einen Falle von seinem *vorausgesetzten* Willen, wie in dem andern Falle von seinem ausdrücklichen. Aber in diesem Unterschiede der Form liegt ja bereits der ganze inhaltliche Unterschied, den wir aus ihr als den Inhalt des Intestaterbrechts entwickelt haben. Der Wille des sich *nicht* besondernden Individuums, der *vorausgesetzte* Wille, ist identisch mit dem *allgemeinen* Willen, und *nur um dieser Identität willen* mit dem *allgemeinen* Willen ist er seinerseits auf den Intestaterben bezogen; wie dieser für sich selbst genommen gleichfalls nur dadurch, daß er in Bezug auf den Erblasser der *Träger* und das *Dasein* des in jenen Willenskreisen gegliederten *allgemeinen* Willens ist, zur Identität mit der Willenssubjectivität des Erblassers bestimmt ist. Haben wir also bei der Adition und dem zu ihr erforderlichen Wissen das begriffliche Gesetz sich ergeben sehen: der Erbe müsse die *zwischen der erb-*

[1] D. h. natürlich, was erst später zu seiner Entwickelung gelangen kann, nach der *Adition* des Intestaterben.

lasserischen Willenssubjectivität und der seinigen bestehende Willensbeziehung wissen, um wirksam antreten zu können, so sehen wir jetzt, wie der Erbe dadurch schlechterdings genöthigt ist, zu wissen, ob er testamentarischer oder Intestaterbe ist. Nichts würde er über die wahrhaft zwischen ihm und der erblasserischen Willenssubjectivität bestehende Willensbeziehung, nichts über dieses speculative Willensverhältniß wissen, wenn er dies nicht wüßte. Mit derselben Nothwendigkeit also, mit welcher wir in Nr. XXXIV sahen, daß der Erbe wissen muß, ob er suus oder extraneus, necessarius oder voluntarius heres ist u. s. w., und ganz aus demselben Grund muß er also auch wissen, ob er durch die Selbstbestimmung der erblasserischen Willenssubjectivität schlechthin, oder durch ihre in ihrer Nichtbesonderung vorhandene Identität mit dem allgemeinen Willen, zur Identität mit der erblasserischen Willenssubjectivität bestimmt ist. Er würde, sagten wir, die speculative Beziehung und Willensidentität, zu der er berufen ist, denn er würde die Substanz selbst dieser Willensidentität nicht wissen, solange er ihr Vermitteltsein durch die inhaltliche Identität mit dem allgemeinen Willen nicht weiß.[1] Ohne das Wissen dieser Vermittelung weiß er also die wirklich zwischen ihren Willenssubjectivitäten bestehende Beziehung, das sie zur Identität Zusammenschließende[2] nicht. Wenn der Verstand hier wieder hervorbrechen und dieser substantiellen Vermittelung des Willens den Schein eines Grundes geben wollte, sagend: aber der Intestaterbe weiß doch blos das Warum nicht, aus welchem der Testator ihn zur Willensidentität mit sich gewollt hat, ein Warum, das doch also ein ebenso gleichgültiges Motiv ist, wie das reale Motiv, aus welchem der Erblasser beim testamentarischen Erbthum gerade diese bestimmte Person als Willensidentität mit sich setzt[3], — so würden wir ihn sofort wieder in seinen Käfig einsperren mit der Antwort: Wenn für den sich ausdrücklich setzenden Willen das reale Motiv der Wahl seines Erben ein zufälliges Motiv ist, neben welchem ebenso gut andere Motive vorwalten konnten und können, so ist für den vorausgesetzten Willen des intestatus seine Identität mit dem allgemeinen Willen, wenn man sie als Motiv darstellen will, das nothwendige, den Willen erschöpfende und quantitativ deckende Motiv seines be-

[1] Daß er das Vermögen haben oder die Creditoren befriedigen, was unsere Juristen stets als die Substanz der Erbschaft angeben, oder, wenn es hoch kommt, daß er „die Creditoren befriedigen und die sacra fortsetzen soll" (s. Huschke in Richter's Krit. Jahrbüchern, 1839, S. 11 fg.), das freilich würde der Erbe in jedem Falle wissen, ob er sich für einen Testaments- oder Intestaterben hält.

[2] Vgl. oben S. 262—265, bei der sich für schwanger haltenden Frau.

[3] Siehe oben S. 271, Note 1.

stimmten Verfügens. Und es tritt also nur wieder zum Vorschein die Wahrheit und absolute Bestätigung der Theorie, die wir in diesem gesammten Werke über Wille, Irrthum und Motiv aufgestellt und nachgewiesen haben[1], daß der quantitativ den Willen deckende und erschöpfende Beweggrund nicht mehr gleichgültiger Beweggrund ist, sondern identisch ist und zusammenfällt mit dem Inhalt der Willenshandlung selbst. Es tritt nur zum Vorschein, daß das erschöpfende Motiv ebendarum nicht mehr Motiv ist, dessen Begriff es ist, ein einzelnes gegen den Inhalt des Willens zu sein, sondern zur Substanz des Willens selbst geworden ist. Für den Intestatwillen des Erblassers ist seine Identität mit dem allgemeinen Willen und das in der bestimmten Person des Agnaten oder Gentilen gegebene Dasein dieser Beziehung das begriffliche Motiv, d. h. das nothwendige und kein anderes neben sich zulassende Motiv seines Verfügens, also absolute Substanz. Diese in ihm wie im Erben als Träger vorhandene Identität mit dem allgemeinen Willen als ein Motiv für den Intestatwillen hinstellen wollen, wäre an und für sich schon eine jener ewigen Täuschungen des Verstandes über die Kategorien, mit denen er wirthschaftet, eine Täuschung, die aber sogar als solche nach unserer Entwickelung über die Theorie des Irrthums und das Verhältniß von Wille und Beweggrund realiter unschädlich und einflußlos bleiben würde.

Wenden wir uns also jetzt von dem entwickelten Begriff aus wieder auf die L. 17 zurück, so wird natürlich jede Schwierigkeit verschwinden, und es wird sich wieder das so oft von uns betrachtete Verhältniß zeigen, daß, wenn die Gründe Ulpian's auch nicht richtig und sich daher widersprechend sind, doch die von ihm gegebenen Entscheidungen absolut richtig und im innersten Einklang sind.

Betrachten wir also die vier Fälle, in die wir oben die L. 17 aufgelöst haben. Nach dem ersten Fall soll der testamentarische Erbe, wenn er als solcher ausschlägt, damit noch nicht sein Intestaterbthum verlieren. Natürlich nicht; denn was er ablehnt, ist die Identität mit dem gesetzten, nicht mit dem vorausgesetzten Willen des Erblassers, ist seine Identität mit ihm als bloßen individuellen Willen, ist nicht seine Identität mit ihm durch die Vermittelung des noch zu Hülfe gerufenen allgemeinen Willens. Wenn er sich um ihn, als bloßes Individuum genommen, vielleicht wenig kümmern würde, so kann er es doch als Agnat grausam finden, seine Willenssubjectivität untergehen zu lassen. Im Testamente fleht ihn blos der individuelle Wille des Erblassers um Fortsetzung an. Im Intestatwillen fleht ihn der individuelle Wille des Erblassers und der allgemeine Wille des Volkes, mit dem derselbe

[1] Zuletzt sub Nr. XXXV.

identisch ist, flehen ihn beide an, schon um der in ihm vorhandenen, durch die gesammte Willensgemeinsamkeit des Volkes designirten Eigenschaft willen, jenem Fortsetzung zu geben. Wer jenem ersten Flehen widerspricht, von dem ist durch nichts gegeben, daß er auch diesem vereinigten Flehen beider widerstehen wird. — Wenn er also als Testamentserbe ausschlägt, schlägt er eben nur die Testamentserbschaft aus, und eröffnet sich gerade dadurch die Intestaterbschaft. — Der zweite Fall, wenn der bloße Intestaterbe, irrig glaubend, daß er Testamentserbe sei, die Testamentserbschaft ausschlägt, ist natürlich ganz mit jenem identisch, wird darum auch von Ulpian mit jenem ersten ungetrennt zusammen behandelt („heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit"), und ist nur von uns größerer Uebersichtlichkeit wegen besonders gestellt worden. Gehen wir nun gleich zum vierten Falle über. Der Intestaterbe, der zugleich Testamentserbe ist, dies aber nicht weiß, schlägt die Intestaterbschaft aus. Da er gar nicht weiß, daß er Testamentserbe ist, hat er natürlich auch die Testamentserbschaft nicht implicite ausgeschlagen.[1] Ihn kümmert vielleicht sein Agnatenverhältniß wenig, während die ausdrückliche und ausschließliche Willensidentität mit ihm, zu der sich der Testator bestimmt hat, während der honor dieser Willensübertragung[2] ihm vielleicht geschmeichelt und ihn gerührt haben würde. Hat er aber die Testamentserbschaft weder explicite noch implicite gültig ausgeschlagen, so ist auch die Intestaterbschaft noch gar nicht eröffnet, und darum sein vorzeitiges Ausschlagen einer noch nicht an ihn gerichteten Bitte, eines noch nicht an ihn ergangenen Rufes ist daher ungültig, ebenso, als wenn der Erblasser noch am Leben wäre. Erst wenn diese Bitte und dieser Ruf an ihn ergangen sein wird, wird es sich finden, ob er ausschlagen wird. — Kehren wir nun auf den dritten Fall zurück. Wie, wenn der Erbe weiß, daß er auch testamentarisch eingesetzt ist, und als Intestaterbe ausschlägt? Hier tritt der von uns entwickelte Begriff des Intestatrechts, ein vom Individuum ausgehender vorausgesetzter Wille desselben und zugleich — weil dies eben der vorausgesetzte, der sich nicht besondernde Wille des Individuums nothwendig ist — identisch mit dem allgemeinen Willen zu sein, in voller Reinheit und Prägnanz hervor. Niemals würde, wenn das Intestaterbrecht nur „Gesetz", wenn es nicht

---

[1] Nicht, wie Ulpian sagt, „quoniam *hanc* non repudiavit"; denn dieses *hanc* non repudiavit würde auch im dritten Fall zutreffen; nur in dem Wissen liegt der Unterschied, wie wir sehen werden. Das Wissen des Erben tritt auch hier wieder als das die Delation an denselben erst bewirkende Moment hervor, ganz wie wir dies sub Nr. XXXVIII nachgewiesen haben.

[2] Siehe oben S. 50.

vom erblasserischen Individuum ausgehender Wille wäre, der Erbe mit dem Ausschlagen der blos intestatgesetzlichen Nachfolge auch die testamentarische auszuschlagen scheinen können, und alles, was man bisher über das Intestatrecht geschrieben hat, bricht schon an dieser einen Entscheidung Ulpian's in Stücke. Indem aber das Intestaterbrecht seinem Begriffe nach beides ist, der vorausgesetzte individuelle Wille des Erblassers und der allgemeine Wille, mit dem er als vorausgesetzter identisch ist, indem also, wie wir vorher bei dem nur als Testamentserben ausschlagenden Agnaten sagten, im Intestatwillen beides, der individuelle Wille und der allgemeine Wille des Volkes, vereinigt den Erben anflehen, dem Erblasser Fortexistenz zu geben, nimmt hier, wo der Erbe sich zugleich als testamentarischen weiß, sein Ausschlagen der Intestaterbschaft die Stellung eines „ne quidem", eines „nicht einmal" zur testamentarischen Erbschaft ein. Nicht einmal durch beide Willen gerufen, den individuellen Willen des Erblassers und den allgemeinen Willen des Volkes, die beide im Intestatwillen rufen, hat der Erbe die Willenssubjectivität des Erblassers fortsetzen zu wollen erklärt; nicht einmal durch den vorausgesetzten Willen des Todten, der aber deshalb eben erstens eigener Wille des Todten, als solcher vorausgesetzter Wille desselben ist, und zweitens um seiner Voraussetzung willen nur noch durch die gesammte zu Hülfe gerufene Substanz der allgemeinen Willensgemeinsamkeit vermittelt ist, gerufen, hat der Erbe die ihm angebotene Willensidentität annehmen zu können erklärt, und hat ebendeshalb und um so mehr den bloßen eigenen Willen des Todten, hat diesen schon im Intestatwillen ausgeschlagen. Er kann nicht sagen, daß er blos den vorausgesetzten Willen abgelehnt habe und die Identificirung mit dem ausdrücklichen Willen nicht abgelehnt haben würde. Denn er wußte sich auch als testamentarischen Erben, und wollte er daher blos den vorausgesetzten Willen ablehnen, so hat er dazu das einfache und positive Mittel, die Testamentserbschaft anzutreten, wodurch es von selbst zu dem vorausgesetzten Willen nicht gekommen wäre. Indem er nicht dies positive Mittel des Unterscheidens ergriff, sondern einfach den vorausgesetzten Willen des Erblassers, welchen das Intestaterbrecht darstellt, negirte, hat er in dem vorausgesetzten Willen des Erblassers beides negirt, wovon das Intestaterbrecht, ja die bloße Begriffsbestimmung: „vorausgesetzter Wille" schon die Einheit ist, sowol den Willen, als sein Vorausgesetztsein, sowol das in seiner Voraussetzung enthaltene Allgemeine, als den individuellen Willen, als dessen Inhalt dieses Allgemeine auftritt. Da beides im Intestaterbthum vorliegt, hat er mit dem nichtunterscheidenden Negiren des Intestaterbthums auch beides abgelehnt, hat auch die testamentarische Erbschaft oder die Willensidentität überhaupt aus-

geschlagen. Und nur wenn er von seiner testamentarischen Einsetzung nichts weiß, käme ihm dies — wie auch die Aufeinanderfolge der Fälle bei Ulpian zeigt — als ein den logischen Umfang seiner Willenshandlung beschränkendes Moment zugute.

Es zeigt sich also, mit welcher begrifflichen Nothwendigkeit Ulpian sagen muß, jener sich auch als eingesetzter Erbe wissende und die Intestaterbschaft ausschlagende Erbe sei anzusehen, als ob er beides ausgeschlagen habe, credendus est, utrumque repudiasse. Die juristischen Regeln über Delation und Adition bleiben aber auch nach dieser Auflösung zerschellt. Denn immer bleibt wahr, daß der Intestaterbe hier eine Intestaterbschaft wirksam ausschlägt, die ihm noch nicht deferirt ist u. s. w. Und auch abgesehen vom Begreifen und Erklären, werden die Juristen sich keine Illusion darüber machen können, daß sie, die Hand aufs Herz, diesen Fall, wenn er nicht von Ulpian entschieden wäre, ganz entgegengesetzt entschieden haben würden, nämlich ganz wie den vierten Fall bei Ulpian. Sie würden gesagt haben: Der Intestaterbe schlägt eine Intestaterbschaft aus, die noch nicht eröffnet ist; nihil agit. Und die Testamentserbschaft verliert er ebenso wenig, weil er sie nicht ausschlägt; quoniam hanc non repudiavit.

Es zeigt sich also auch hier wieder[1], was sich freilich von jeder

---

[1] Zum Beweise: Wir irrten, scheint es, als wir oben sagten, die Juristen vermeiden von dieser Stelle Ulpian's zu sprechen. Huschke ruft vielmehr denselben §. 1 derselben L. 17, der uns beschäftigt hat, ausdrücklich an (Studien des Röm. Rechts, I, 235, Note 64). Und was sagt er? Folgendes: „Weil der Inhalt der Erklärung des Erben, welcher eine gesetzliche und welcher eine Testamentserbschaft annimmt, hiernach ein ganz verschiedener (!) ist, kann auch niemand antreten, der nicht weiß, ob ihm ex testamento oder ab intestato deferirt worden, und kann, wer die eine Antretung abgelehnt, die andere noch nachholen. L. 17, §. 1, de acqu. vel om. her.!" Das „juristische Wissen", welches Huschke gegen Niebuhr rühmt, muß also hier der vor ihm liegenden, von ihm citirten Rechtsquelle ins Angesicht hinein das Gegentheil von derselben sagen. Während Ulpian die Regel aufstellt, daß, wer die Intestaterbschaft ablehnt, auch die Testamentserbschaft ablehne, und nur als Ausnahme hiervon den Fall des Nichtwissens von der Testamentserbschaft statuirt — wie ja alles Nichtwissen die Natur einer juristischen Ausnahme hat, von den Juristen auch stets so behandelt wird und bei dem hier in Rede stehenden Verhältniß auch factisch eine Ausnahme sein wird, da der Intestaterbe in der Regel sehr wohl wissen wird, ob er im Testament eingesetzt ist —, muß das „juristische Wissen" erstens die Regel verschweigen, zweitens die Ausnahme zur Regel machen und drittens, indem es die materielle Bedingung der Ausnahme — das Nichtwissen — fortläßt, die Regel in ihr positives Gegentheil verwandeln und so, unter Berufung auf die das Umgekehrte sagende Stelle Ulpian's, in die positiv falsche Versicherung ausbrechen: „und kann, wer die eine Antretung abgelehnt, die andere noch nachholen." Man sieht, wir haben im Texte zu wenig gesagt, als wir sagten, unsere Juristen

Seite dieses Werks aus zeigen läßt, daß auch das rein positive „juristische Wissen" nur im theoretischen Begreifen seine wahre Grundlage haben kann.

Wenden wir uns zu dem höchst interessanten Unterschied der Intestaterbschaft und der testamentarischen, welcher in der in jure cessio stattfindet und bisher gleichfalls jedem Erklärungsversuch unzugänglich bleiben mußte, nach dem enthüllten Begriff des Intestaterbrechts aber gleichfalls keinerlei Schwierigkeiten mehr bieten kann, sondern diesen nur der letzten Entwickelung seines begrifflichen Inhalts zuführen wird.

Der Intestaterbe kann die Erbschaft vor der Antretung durch in jure cessio übertragen, also ehe er Erbe geworden ist, und wenn er dies thut, so geht das Erbthum gerade so auf den Cessionar über, als wenn dieser selbst der gesetzliche Intestaterbe wäre.[1] Der Cessionar wird heres.

Der Testamentserbe dagegen kann nicht das Erbthum durch die cessio in jure übertragen; thut er es vor der Adition[2], so thut er gar nichts, nihil agit, wie Gajus daselbst sagt.[3]

Zuerst drängt sich die Frage auf: Wenn der Begriff des Erbthums der ist, die identische Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjectivität zu sein, wie kann der hierzu durch Testament oder durch Intestatgesetz berufene Erbe diese Willensidentität annehmen und ablehnen zugleich?

---

würden das Gegentheil lehren, wenn zufällig diese einzelne Entscheidung Ulpian's nicht da wäre. Sie lehren das Gegentheil von derselben, obgleich sie da ist! Aber freilich nöthigen dazu alle dabei auf dem Spiele stehenden Regeln über die Adition und Delation, wie sie von unsern Juristen aufgestellt werden! Freilich nöthigt Huschken noch ganz besonders dazu seine merkwürdige Entdeckung, daß die Additionserklärung des Intestaterben einen „ganz verschiedenen Inhalt" von der des testamentarischen Erben habe!

[1] Gajus, II, §. 35: „Nam si is ad quem ab intestato legitimo jure pertinet hereditas, in jure eam alii ante aditionem cedat, id est *antequam heres extiterit*, perinde fit *heres* is cui in jure cesserit, ac si ipse per legem ad hereditatem vocatus esset." — Ulpian, Fragm. XIX, 11—14.

[2] Nach der Adition, d. h. nachdem er zum Erben, zum Dasein der erblasserischen Willenssubjectivität durch Identification mit derselben geworden ist, kann er dies natürlich so wenig los werden — und zwar der Intestaterbe so wenig wie der testamentarische Erbe —, wie jemand seine eigene Willenssubjectivität los werden kann. Sie ist ja jetzt als seine eigene gesetzt. Nach der Adition wird also der Intestaterbe ganz ebenso behandelt wie der testamentarische, die hinterlassene Sachentotalität, die zur Erbschaft gehört, kann er durch cessio in jure übertragen; aber Erbe bleibt er trotz derselben: „nihilominus ipse heres permanet", wie Gajus a. a. O. sagt, und worin sich wieder so sinnfällig, so handgreiflich zeigt, wie wenig das Erbthum mit dem „Vermögen" oder der „Vermögenstotalität" oder der „Vermögensfreiheit" zu schaffen hat.

[3] II, §. 36.

Denn offenbar thut er dies doch, indem er sich *nicht* als diese Willensidentität setzt, *nicht* antritt und dennoch über dieselbe, durch seinen Willen verfügt, indem er sich *weigert*, der Erblasser zu *sein*, und dennoch, als *wäre* es jener, ihm eine andere Willenssubjectivität, als die berufene, zum identischen Fortsetzer gibt? Er müßte also, scheint es, diese Willensidentität entweder *nur* antreten oder *nur* ablehnen können, wie dies beim testamentarischen Erben wirklich zutrifft. Wie kann er ferner *vor* der Adition, also *vor* der Identification mit der erblasserischen Willenssubjectivität überhaupt über diese verfügen? Er muß es also *vor* der Adition, wo er noch nicht jener Wille, sondern noch ein *anderer* gegen ist, ebenso wenig zu können scheinen, wie *nach* der Adition, wo es zu spät ist, weil er bereits zu jenem *geworden* ist. Und endlich, wie kann gerade der Intestaterbe, der die *weniger* adäquate, die *schwächere* Realisation des Erbbegriffs ist, ein *größeres* Recht haben als der Testamentserbe? Aber das Römische Recht ist, wie wir durchgehends gesehen haben, das Recht des speculativen Begriffs, in welchem die Unterschiede der Mathematik ihre Bedeutung verlieren, und es wird sich zeigen, daß der Intestaterbe ein *stärkeres* Recht hat als der testamentarische, gerade *weil* sein Recht das *schwächere* ist.

Huschke[1] gesteht zu, daß die frühern Erklärungsversuche von Mühlenbruch[2] weder richtig noch tief genug sind. Aber hören wir die Erklärung, die er selbst an deren Stelle setzt! Er will „die Natur der in jure cessio hereditatis etwas genauer entwickeln", wie er selbst sagt, und beginnt mit dem Satze: „Eine deferirte Intestaterbschaft kann mit dem Erfolge in jure cedirt werden, daß der Vindicant durch die Addiction ebenso Erbe wird, als wenn er als berufener legitimus heres die Erbschaft angetreten hätte." Dies ist richtig; das wissen wir eben aus Gajus. Aber Huschke wollte den Satz *erklären*, und wir fürchten sehr, daß der zu erklärende Satz der einzig richtige Satz in der ganzen Erklärung bleiben wird. Huschke beginnt jetzt die versprochene Erklärung unmittelbar nach dem citirten Satz also: „*Ueberhaupt kann nämlich der Erbe*, obgleich er die Erbschaft noch nicht erworben, sie doch schon übertragen, *weil der Erwerb blos von seinem Wollen abhängt*." Aber wenn es „der Erbe überhaupt" könnte, so müßte es ja auch der testamentarische können. Und besonders: wenn *das* der Grund dieses Könnens ist, „*weil der Erwerb blos von seinem Wollen abhängt*", so müßte es ja unter allen Umständen und ganz sicher auch der *testamentarische* Erbe können, da ja auch bei ihm, ebenso gut wie beim Intestaterben, „der Erwerb der Erbschaft blos von seinem Wollen

[1] Studien des Röm. Rechts, I, 233 fg.

[2] Cession der Forderungsrechte, 2. Ausg., S. 25—28, §. 4.

abhängt". Bei einem so grundfalschen Anfang, der den Grund des Könnens beim Intestaterben ganz verfehlt, braucht man kein Prophet zu sein, um vorherzusehen, daß Huschke auch niemals dazu gelangen wird, einen Grund für das Nichtkönnen des Testamentserben anzugeben. Die Sache steht nämlich, wie wir später sehen werden, gerade umgekehrt. Sie steht nicht so, daß der Erbe überhaupt, der Erbe nach seinem reinen Begriffe, dies kann, und nur der Testamentserbe ausnahmsweise es nicht kann, sondern gerade so, daß der Erbe überhaupt, der Erbe nach dem adäquaten Begriffe es nicht kann und niemals können würde, und gerade nur der subsidiäre, aushülfsweise Charakter des Intestaterben diesen dazu befähigt. Doch bleiben wir bei Huschke. Zum bessern Beweise, daß „der Erbe überhaupt" das Erbrecht übertragen können müsse, fährt nach einer kurzen Bemerkung über die der cessio in jure zu Grunde liegende Rechtsstreitsfiction Huschke also fort: „Auch widerspricht die Natur der Erbschaft ihrer Uebertragbarkeit nicht: denn sie ist zwar eine unkörperliche Sache, wie ususfructus und obligatio, unterscheidet sich aber von diesen Rechten dadurch, daß sie nicht, wie diese, in einem Verhältniß zweier Gegenstände zueinander[1] besteht, welches mit Veränderung des einen Gegenstandes nothwendig ein anderes, sondern gleich körperlichen Sachen eine Sache in sich ist, unkörperlich blos deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist."

Das „juristische Wissen" von der unkörperlichen Sache, welches die immense Verwechselung begeht, die Uebertragung der gesammten geistigen Willenssubjectivität, welche sich im Erbthum vollbringt, mit dem einzelnen Willensact der obligatio gleichstellen zu wollen, muß für diese Verwirrung selbst Rache an sich nehmen. Denn es muß selbst zeigen, daß ihm die Erbschaft — immer im directen Sinne des Erbrechts, das der Intestaterbe in jure cedirt, und von dem Huschke hier also spricht — nicht nur blos eine unkörperliche Sache sei, sondern es muß gerade in dieser Zusammenstellung auf das deutlichste zeigen, wie ihm das vom Intestaterben cedirte Erbrecht etwas noch viel Körperlicheres als die unkörperliche Sache der obligatio geworden ist, d. h. es muß die schon in diesem Vergleich nur zum Vorschein kommende Auffassung des Erbthums als eines Vermögenserwerbs in aller ihrer Körperlichkeit und Schwerkraft hindurchbrechen, und das schon anfangs für eine Sache, aber den Worten nach wenigstens noch für eine „unkör-

[1] Das Verhältniß zweier Personen zueinander in Bezug auf einen bestimmten einzelnen Willensact oder mehrere solche, was das Wesen der obligatio bildet, wird Huschken zu einem Verhältniß „zweier Gegenstände zueinander". Doch wir schreiben hier nicht die Obligationenlehre!

perliche Sache" ausgegebene Erbrecht sofort in eine körperliche Sache, in eine Sache sans phrase verwandeln. Nach Huschke's ausdrücklichen Worten „unterscheidet sich" daher die Erbschaft dadurch von der unkörperlichen Sache der obligatio, daß sie noch viel körperlicher ist als diese. Sie ist erst eine „zwar unkörperliche Sache", wird dann „gleich körperlichen Sachen", und endlich zur „Sache in sich". Nachdem so die Erbschaft alle Stadien durchlaufen hat und zur Sache sans phrase geworden ist, soll sie nichtsdestoweniger auf einmal wieder unkörperlich werden, aber „unkörperlich blos deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist".

Wenn schon bei der Erbschaft von einem Unkörperlichen und einem Körperlichen die Rede sein soll, so würde man etwa begreifen können, daß man sich unter diesen beiden Factoren der Erbschaft, mit denen man es dann zu thun hat, die Person des Erblassers als das Unkörperliche, Persönliche (Ideelle), und die Sache als das körperliche Moment vorstellt. Dann freilich wird mit dem Fortfall des persönlichen Moments, des Erblassers, die Sache nicht unkörperlicher, als sie früher war. Für Huschke's gequälte Abstractionen stellt sich die ganze Sache auf den Kopf! Die Erbschaft als Sache wird unkörperlich, und die „Person" ist der „körperliche Träger derselben"!! Das Ergötzlichste aber ist, daß die Sache, die schon „gleich körperlichen Sachen" und zur „Sache in sich", zur Sache sans phrase geworden war, jetzt wieder unkörperlich wird, und zwar ausdrücklich „unkörperlich blos deshalb, weil der körperliche Träger derselben, die Person, gestorben ist". Sonst pflegte eine in sich körperliche Sache, wenn ihr körperlicher Träger fortfällt, erst recht ihre Körperlichkeit zu zeigen, indem sie nun mit aller Schwerkraft der Körperlichkeit krachend zu Boden fällt. Bei der Huschke'schen Sache ist das umgekehrt. Sie wird, obwol bis dahin körperlich, wahrscheinlich durch den Wirbelwind der Worte, den das „juristische Wissen" erregt, hoch oben in der Luft erhalten, verflüchtigt sich aus Aerger über diesen widernatürlichen Zustand in ein fades Gas, und ist so glücklich zur „unkörperlichen Sache" geworden!

Wir werden ohnehin auf die wüsten Verwirrungen, welche das „juristische Wissen" vermöge seiner Auffassung der Erbschaft als eines Vermögenserwerbs anrichten muß, in der Beilage zu dieser Nummer noch näher eingehen, und können uns daher überheben, hier noch genauer alle die Irrthümer zu entwickeln, die in dem zuletzt angeführten Satze enthalten sind. Wir bemerken daher nur, daß bisher Huschke zwar ganz falsch erklärt hat, warum der Intestaterbe die Erbschaft in jure cediren kann, aber noch nirgends angedeutet, warum es der testamentarische Erbe gleichwol nicht kann. Denn alle diese Gründe, als aus der Natur der Erbschaft überhaupt entnommen, würden dann auch den Testamentserben

treffen müssen. Ist die Erbschaft ihrer Natur nach eine „unkörperliche Sache", so ist sie dies auch für den testamentarischen Erben und daher auch für ihn übertragbar. Aber Gajus sagt uns nun einmal, daß sie dies für ihn *nicht* ist, und wohl oder übel, mit geraden oder ungeraden Dingen, wird daher das „juristische Wissen" schon einen Unterschied zwischen beiden zu finden wissen, wie beschaffen er auch immer sei. Darum fährt Huschke nach den letzten Worten fort: „Endlich kann eine *Höchstpersönlichkeit* der legitima hereditas auch aus dem Grunde nicht behauptet werden, daß das Gesetz sie nur einer bestimmten Person angetragen habe." Also *das* ist es und *darauf* läuft die „genauere Entwickelung" Huschke's hinaus! In den reinen Wortunterschied der *Persönlichkeit* und *Höchstpersönlichkeit* rettet sich das „juristische Wissen" hinein! Aber im juristischen Begriff der *Persönlichkeit* gibt es keine Unterschiede von mehr und weniger, die Unterschiede von *Persönlichkeit* und *höchster* oder allerhöchster Persönlichkeit haben hier keinen Platz. Alle Erbschaft, auch die Intestaterbschaft, ist entweder eine *Persönlichkeit* oder sie ist es *nicht*. Der Unterschied der Persönlichkeit und Höchstpersönlichkeit, den Huschke auch nicht im geringsten explicirt, so wenig wie dies ein Anderer vermöchte, ist also nichts als die krampfhafte Anstrengung des juristischen Wissens, doch wenigstens in den Worten einen Scheinunterschied — den Unterschied von Mensch und Höchstmensch, Subject und Höchstsubject — sich vorzuspiegeln, weil es ihn in der Sache nicht finden kann. Und *warum* ist die Intestaterbschaft nicht ebenso gut eine „*Höchstpersönlichkeit*" wie die testamentarische? Das „juristische Wissen" scheint wesentlich darin zu bestehen, an dem einen Ort alles zu vergessen, was es an dem andern gesagt hat und was ihm hier unbequem wäre. Denn anderwärts [1] bekennt sich Huschke zu der allgemeinen gäng und gebe Ansicht der Autoren, daß das Intestaterbrecht *Familienerbrecht* sei, auf der „Dreieinheit von Mann, Weib und Kind", auf dem physischen Princip der natürlichen Zeugung u. s. w. beruhe. Ist dies so, so müßte man ja gerade geneigt sein, den Intestaterben, weil er als Familienglied ja auch noch die physische Seite, die reale natürliche Persönlichkeit des Erblassers in sich vereinigt, weil er *Erbe und Familienglied* ist und als Familienglied erbender Erbe, am meisten und noch mehr als den bloßen Testamentserben für eine „Höchstpersönlichkeit" des Erblassers zu halten. Wie dem aber auch sei, *hier* begründet Huschke den Satz, daß die Intestaterbschaft keine Höchstpersönlichkeit sei, unmittelbar nach den letzten Worten also fortfahrend: „*Denn* die gesetzliche Erbschaft ist, wie auch der Name schon es ausdrückt, *etwas an sich Vorhandenes*, wozu das Gesetz *nur irgendjemand* als Er-

[1] Siehe die Beilage.

werber beruft.“ Aber ist denn die testamentarische Erbschaft, man halte den Erbbegriff wofür man wolle, nicht gleichfalls „etwas an sich Vorhandenes“, wozu das Testament „nur irgendjemand als Erwerber beruft“? Faßt man die Erbschaft als Fortsetzung der erblasserischen Willenssubjectivität, so ist diese vorhanden, denn sonst könnte sie nicht fortgesetzt werden. Faßt man sie als Uebertragung des Vermögens, oder als körperliche oder unkörperliche, oder eigentlich mit Huschke als „körperlich-unkörperliche“ Sache, so ist diese immer „etwas an sich Vorhandenes“, denn sonst könnte sie nicht übertragen werden. Testamentarische wie Intestaterbschaft müssen natürlich, eine so sehr wie die andere, etwas an sich Vorhandenes sein, sonst könnte kein Mensch dazu berufen werden, und das Testament enthält ja nicht weniger eine Delation oder Berufung zu dieser Erbschaft, als das Intestatgesetz. Das juristische Wissen aber, mit diesen Vorbern noch nicht zufrieden, fährt da, wo wir seinen Satz abgebrochen haben, also fort: „Und es kann nicht behauptet werden, daß die Erbschaft nur durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sei.“ Soviel Sätze und Satztheile das „juristische Wissen“ im Laufe dieser Erörterung aufstellt, soviel positive Falschheiten! Es „kann“ nicht behauptet werden! Huschke leidet nicht, daß dies behauptet wird! Wie aber, wenn man es doch behauptete? Wie, wenn man Huschke erwiderte: Der Hauptgrundsatz des civilen Intestaterbrechts, daß eine successio in demselben nicht sei, daß also, wenn der nächste Agnat des Erblassers ausschlägt oder auch nur stirbt, der Erblasser erblos und die Erbschaft zur herrenlosen Sache wird, zeige ja gerade aufs entschiedenste und durch das monumentale Zeugniß des alten Civilrechts selbst, daß gerade die Intestaterbschaft „nur durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sei“? Gerade also von der Intestaterbschaft würde der Satz gelten, der nach Huschke nicht von ihr und nur von der testamentarischen gelten soll. Mit der Existenz dieser einen Person des berufenen Agnaten fällt die Existenz der ganzen Erbschaft überhaupt fort. Umgekehrt gilt dieser Satz gerade beim Testamentsrecht weit weniger. Denn in einem Testamente können mehrere Erben eingesetzt sein, wo dann, wenn eine bestimmte Person ausschlägt, die andere von selbst ihren Platz ausfüllt; oder es kann eine Reihe von Substituten aufgeführt sein, wo immer eine Person an Stelle der andern tritt, was beim Intestaterbrecht unmöglich ist. Gerade also beim Testament ist es viel weniger wahr, „daß die Erbschaft durch die Berufung einer bestimmten Person in ihrer Existenz bedingt sei“. Und schlagen selbst alle Testamentserben aus, so hört die Erbschaft zwar auf, eine testamentarische zu sein, aber sie wird nun doch nach Intestatrecht deferirt, und bleibt somit doch noch immer Erbschaft, ist mindestens nicht in ihrer Existenz als Erb-

schaft durch die bestimmte berufene Person bedingt, während dies beim Intestatrecht, wo die Erbschaft mit dem Fortfall der bestimmten berufenen Person überhaupt zu existiren aufhört, im höchsten Grade der Fall ist.

Das juristische Wissen muß also, um den illusorisch-phantastischen Wortunterschied der Persönlichkeit und Höchstpersönlichkeit sich selbst nur einigermaßen plausibel zu machen, sofort mit seinem ganzen positiven Stoff in den entschiedensten Widerspruch treten und grundfalsche Regeln aufstellen, die, ließe sich in solchen Abstractionen überhaupt etwas Wahres zu Tage fördern, gerade weit eher immer für das entgegengesetzte Gebiet von dem, für welches sie gegeben werden, wahr sein würden.

Aber bisher hat Huschke uns nur immer sagen wollen, weshalb die Intestaterbschaft keine „Höchstpersönlichkeit" ist. Noch fehlt der Grund, weshalb die testamentarische Erbschaft ihrerseits, im Unterschied von jener, eine „Höchstpersönlichkeit" ist, oder irgendwelche andere Redensart, die Huschke wird ausfindig machen wollen, um zu zeigen, warum der Testamentserbe die in jure cessio nicht vornehmen kann. Huschke fährt also unmittelbar nach den letzten Worten fort: „Hierin unterscheidet sich die legitima hereditas wesentlich von der testamentaria, zu welcher wir daher sogleich übergehen. Eine testamentarische Erbschaft wird vor der Antretung von dem eingesetzten Erben nichtig cedirt." Richtig, das ist wieder der Satz, den wir aus Gajus wissen. Huschke aber wollte erklären, warum? Er fährt daher fort: „Denn der Anspruch des Testamentserben beruht blos darauf, daß in ihm der materielle Theil(?!) der Bedeutung des familiae emptor liegt, welcher nach dem ursprünglichen Rechte unmittelbar mit dem Tode des Erblassers dessen successor per universitatem wurde, mithin auf einem Vertrage nicht über die *hereditas*, sondern über die *familia* des Verstorbenen, welche nur im Augenblick des Erwerbs, wo von keiner Cession einer nicht erworbenen Erbschaft mehr die Rede sein kann, sich als *hereditas* gestaltet."

Hat das juristische Wissen bisher so viel Verwirrungen angerichtet, als es Sätze hervorgebracht, so gipfelt diese Fruchtbarkeit in diesem Satze, aus welchem fast so viel Irrthümer als Zeilen in ihm sind, herausgeschält werden könnten. Die Hauptverwirrung, welche diese Irrthümer erzeugt, ist hier die tiefsinnige Unterscheidung Huschke's von familia und hereditas. Inzwischen wir müssen in der Beilage ohnehin ausführlich auf diese neue Wortunterschiedstheorie Huschke's eingehen und den Knäuel von Widersprüchen aufrollen, der in ihr enthalten ist. Hierauf wollen wir also verweisen. Hier wollen wir uns begnügen, eine andere und sehr entscheidende Antwort zu geben.

Nach Huschke beruht also der Unterschied des Intestaterben und Testamentserben darauf, daß der „Anspruch des Testamentserben"

infolge seines Mancipationsvertrags „nicht über die *hereditas*, sondern über die *familia* des Verstorbenen" sich erstreckt! Aber somit vergißt das „juristische Wissen" ja, daß das positive Zwölftafelgesetz ja gerade vom Intestaterben sagt: *familiam* habeto, ihm also gerade die *familia* überträgt. Es ist also kein Unterschied zwischen familia und hereditas, und der Intestaterbe hat die erstere so gut wie der Testamentserbe. Oder hätte Huschke recht, und wäre wirklich ein Unterschied zwischen beiden, so beruhte gerade „der Anspruch des Intestaterben" auf einer Uebertragung der *familia*, nicht der hereditas, und gerade dem Testamentserben, von dem es dagegen heißt: *heres esto*, wäre vielmehr die hereditas übertragen!

Das „juristische Wissen" hat also das entschiedene Unglück, sobald es den Ehrgeiz hat, sich auf das Denken einlassen zu wollen, mit jedem Worte seinem positiven Stoff ins Gesicht schlagen und das Gegentheil von dem sagen zu müssen, was dieser sagt. Es hat entschieden und fortgesetzt das Unglück, nicht nur Unterschiede zu produciren, die keine sind, sondern die, wenn sie welche wären, unglücklicherweise weit eher für das entgegengesetzte Gebiet von dem, welches sie charakterisiren sollen, zutreffen würden.

So ist denn, wie wir es voraussagten, in dieser ganzen Erklärung des Gajanischen Satzes, die Huschke unternimmt, der positive Satz des Gajus das einzige wahre Wort geblieben. Alles andere hat nicht nur nichts erklärt, sondern nur die greulichste Verwirrung im ganzen Erbrechtsstoff hervorgebracht. Und das „juristische Wissen" krönt diese Verwirrung, indem es mit triumphirender Miene diese „genauere Entwickelung" in einer Anmerkung damit schließt: „hiernach" sei auch der „Inhalt der Erklärung des Erben, welcher eine gesetzliche und welcher eine Testamentserbschaft annimmt", also der Inhalt der Aditionserklärung „ein ganz verschiedener"! Man kann alles beim Intestat- und Testamentsrecht verschieden finden wollen, die Art der Berufung, auch noch in einem gewissen Sinne, wie sich bald zeigen wird, Das, wozu berufen wird, aber nun und nimmermehr den Inhalt der Aditionserklärung! Hier wie dort, beim Intestat- wie Testamentserben ist der Inhalt dieser Erklärung nur der eine: Erbe, d. h. Willensidentität mit dem Erblasser sein zu wollen. Dies ist so klar, so absolut-nothwendig, so sehr der einfache Ausspruch des Rechtsstoffs selbst, daß gerade alle Verschiedenheiten des Testaments- und Intestatrechts nur jenseits der Aditionserklärung fallen, nur bis zur Adition reichen. Die Adition selbst ist gerade wegen dieser Identität ihres Inhalts die auswischende Hand des Erben, welche sich über jene Unterschiede breitet und sie verschwinden macht. Mit der Adition sind alle civilistischen Unterschiede beider Delationssysteme zu Grunde gegangen, der Erbe hat sie durch die

absolute Identität der Erklärung, Erbe sein zu wollen, getilgt; durch die Adition ist jeder Unterschied in ihm, ob er testaments- oder intestatrechtlicher Erbe war, civilistisch durchaus zu Grunde gegangen und aufgehoben, er ist jetzt Erbe überhaupt geworden, und es ist ihm civilrechtlich nicht mehr das Geringste davon anzusehen, was er früher war.

Sicher, wenn die römischen Juristen wieder auferstünden, sie würden unsern Autoren Alles glauben, nur dies Eine nicht, daß es ihr Recht ist, von dem sie handeln!

Kürzer, als die Verwirrungen des juristischen Wissens zu analysiren, wird es sein, die wahre Nothwendigkeit jenes Unterschieds bei der in jure cessio aufzuzeigen. Sie entrollt sich aus unserer Begriffsentwickelung ganz von selbst.

Der testamentarische Erbe ist die ausdrücklich-gesetzte Willensidentität des Erblassers. Als ausdrückliches Sichselbstsetzen ist dasselbe nothwendig negativ gegen jedes nicht von ihm Gesetzte. Wer sagt: Ich bin Paul, sagt dadurch zugleich, daß er nicht Peter oder Ludwig ist. Derjenige also, welchen der Testator gesetzt hat, Willensidentität mit ihm zu sein, kann diese entweder nur sein — so ist er Erbe —, oder nicht sein wollen — so ist er ein ganz rechtloser Dritter gegen ihn. Uebertragen könnte er diese Willenssubjectivität nur, wenn sie erst die seinige ist, wenn er sie erst in sich aufgenommen hat, und dann natürlich nur in jener Weise, in welcher man seine gesammte Willenssubjectivität übertragen kann, also wieder durch Erbeinsetzung, oder indem er sich arrogiren läßt u. s. w.

Daß also derjenige, von dem der Testator gesagt hat: Peter soll Willensidentität mit mir sein, nicht sagen kann: Nein, ich will es nicht sein, sondern Paul soll es sein, ist äußerst einfach und folgt aus dem reinen Erbbegriff oder aus dem Begriff „der Erbschaft überhaupt", aus dem es nach Huschke gerade nicht folgen soll, von selbst, da ja der Wille des Testators sonst nicht erhalten, sondern negirt werden würde. Und sicher, wäre nicht im Intestaterben ein subsidiarischer, aushülfsweiser Charakter, wäre er ebenso adäquate Realität des Erbbegriffs wie der Testamentserbe, so würde er es ebenso wenig können wie dieser. Nun aber zum Intestaterben! Der Intestaterbe ist der vorausgesetzte Wille des Todten, nicht sein gesetzter. Inzwischen, auch als vorausgesetzter Wille ist er immer noch ein bestimmter, denn er ist ja nun eben die vorausgesetzte Bestimmtheit im erblasserischen Willen. Wir zeigten daher schon oben (S. 356), wie auch vom Intestatrecht „der Wille des Todten, obgleich ein vorausgesetzter, doch immer als ein bestimmter Wille vorausgesetzt, d. h. auf den Willen eines andern bestimmten Individuums gerichtet sein" und so behandelt werden muß. Wir zeigten daselbst, wie daher „durch den vorausgesetzten individuellen Willen des Todten ein

bestimmtes Individuum, der nächste Agnat, dazu berufen ist: ihm durch seinen Willen Fortsetzung zu geben", wie „folglich ohne diesen Willen des berufenen Agnaten dem Willen des Todten keine Fortexistenz von einem Andern gegeben werden", und also von irgendeiner successio keine Rede sein könne. Dies entwickelten wir oben, und gewannen so jenen Hauptgrundsatz des Civilintestatrechts. Sollten wir vielleicht beabsichtigen, gewissen Methoden folgend, hier, wo es zu unsern Zwecken nicht mehr paßt, dies wieder zurückzunehmen? Keineswegs.

Aber was ist denn durch das Obige ausgeschlossen? Betrachten wir nur die eben angeführten dortigen Worte selbst. Ausgeschlossen ist dadurch, daß, „ohne diesen Willen des bestimmten berufenen Agnaten, dem Willen des Todten Fortexistenz von einem Andern gegeben werden kann." Aber ist denn damit ausgeschlossen, daß sie ihm nicht durch seinen Willen — wie bei der in jure cessio geschieht — von einem Andern gegeben werde? Wozu ist denn der Intestaterbe berufen? Dazu, wie es in den eben recapitulirten Sätzen selbst heißt: „ihm (dem Todten) durch seinen Willen Fortexistenz zu geben", nicht aber somit dazu, ihm Fortexistenz zu sein. Ist das nicht vielleicht auch ein bloßer Wortunterschied, den wir plötzlich geltend machen? Statt ein solcher zu sein, enthält er vielmehr den gesammten realen Begriff des Intestatrechts, der uns hier erst in seiner letzten Entfaltung aufgehen wird, eine Entfaltung, die aber nichts anderes als nur die bestimmte Heraushebung des von Anfang an entwickelten subsidiären Begriffes desselben ist.

Das Intestatgesetz, sagten wir bei dieser Entwickelung, geht darauf aus, das Individuum zu suchen. Aber, sagten wir daselbst bereits (S. 344), dasselbe in reeller Willensidentität finden kann es nicht. Denn läge eine Willensidentität vor, ein testamentarischer Erbe oder ein suus, so brauchte das Intestatgesetz gar nicht zu suchen und könnte gar nicht suchen; es könnte und brauchte gar nicht intestatgesetzlich zu verfügen. Gerade weil es nicht eine adäquate Willensidentität finden kann, gerade hierin liegt ein subsidiärer, aushülfsweiser Charakter, gerade deshalb muß es als Gesetz ergänzen.

Um dasselbe Moment zunächst noch deutlicher von Seiten des vorausgesetzten individuellen Willens des Todten zu betrachten, so kann derselbe nicht zu dem Agnaten u. s. w. sagen: Sei Willensidentität mit mir, sei meine Willensfortexistenz. Denn er selber, der Erblasser, hatte ja noch gar nicht seinerseits gesetzt, daß er Willensidentität mit ihm sei. Der Agnat ist dies also noch nicht, und kann somit nicht einfach aufgefordert werden, etwas zu sein, was er nicht ist.

In der Intestatberufung rufen also der individuelle Intestatwille des Erblassers und der allgemeine Wille des Volkes dem Berufenen nicht

zu: Sei Willensidentität mit dem Erblasser, sei seine Willensfortexistenz, was du nicht bist, sondern sie rufen beide ihm zu und können ihm nur zurufen: Ergänze das Nichtseiende; gib ihm Willensfortexistenz!

So angerufen, im Unterschiede von der seienden Fortexistenz der erblasserischen Willenssubjectivität, ihr Fortexistenz zu geben, hat dieser hierzu angerufene Wille das volle Recht, sie ihr zu geben durch sich oder einen Andern, wenn er nur der Gebende ist. Er hat auch bei der in jure cessio den Ruf, der an ihn ergangen ist, und zwar nicht nur à la lettre, er hat ihn in seiner ganzen begrifflichen Tiefe erfüllt. Denn was war der reale Begriff des Intestatrechts? Er war die Fortexistenz der sich nicht besondernden Willenssubjectivität, vermittelt durch die allgemeine Willensgemeinsamkeit des Volkes in ihren gegliederten Kreisen. Nun, diese Fortexistenz der Willenssubjectivität überhaupt ist eingetreten, und durch diese Vermittelung der allgemeinen Willensgemeinsamkeit des Volks in dem Träger des gegliederten Kreises ist sie hindurchgegangen und vermittelt worden, und so sind beide Momente des Begriffs erschöpft. Daß es ein sich nicht-besondernder individueller Wille ist, der fortgesetzt wird, das kommt hier wieder zum Vorschein, nicht in dem zum Geben der Willensfortexistenz Berufenen, welcher durch die Identität des sich nicht besondernden Willens mit dem allgemeinen Willen durchaus ausschließend persönlich bestimmt ist — nicht aber qua Person, sondern qua diesen Begriff zeitig repräsentirende Person —, sondern es kommt wieder zum Vorschein in der Gleichgültigkeit der besonderen Person, die der ausschließend Angerufene logisch consequent dem sich nicht besondernden Individuum zum Träger geben kann.

Die schlechthinnige Wahrheit dieser Entwickelung zeigt sich nun sofort darin, daß aus ebendenselben Gründen, aus welchen der Intestaterbe in jure cediren kann, der suus es nicht kann. Er kann es nicht können, obwol er formell Intestaterbe ist, denn da er eben, wie der testamentarische Willenserbe, schon gesetzte Willensidentität mit dem Erblasser ist, so ist er nicht berufen, diesem eine Willensidentität zu geben, sondern eine solche zu sein. Darüber ist daher auch kein Streit[1] zwischen den beiden Schulen der Sabinianer und Proculejaner, daß der suus nicht, wie der sonstige Intestaterbe, das Erbrecht in jure cediren kann, sondern die Differenz ist nur diese: Die Sabinianer sagen, daß der suus, wenn er in jure cedire, einen überhaupt nichtigen Act vornehme, während die Proculejaner diesem Acte doch die Wirkung gönnen wollen, welche beim

[1] Siehe Gajus, II, 37; III, 87. Was er in der ersten Stelle vom necessarius heres sagt, beschränkt er in der zweiten selbst auf den suus et necessarius.

Testamentserben die in jure cessio nach der Adition hat, also eine keinesfalls mehr das Erbthum berührende Wirkung. Es tritt somit auch hier wieder hervor, wie der suus, obwol formell Intestaterbe, doch realiter nicht ein solcher und deshalb auch vom Intestatgesetz nicht berufen, d. h. nicht verfügend eingesetzt, sondern ebenso sehr Testamentserbe ist und ganz die Stellung einnimmt, die wir in unsern gesammten Ausführungen nachgewiesen haben.

Wenden wir uns nun wieder zum Zwölftafelgesetz, so zeigt sich als ein weiterer Beweis, daß wir in der gegebenen Begriffsentwickelung wieder nichts anderes als heimliche Wortinterpretation getrieben haben! Denn jetzt wird nun klar sein, warum das Zwölftafelgesetz sagt: Familiam *habeto*, er habe die Willensherrschaft, während das Testament sagen muß: *Heres esto*, er sei Erbe. Das Zwölftafelgesetz läßt den Berufenen die Willensherrschaft haben. So hat er sie in der Hand, kann sie selbst fortsetzen, wenn er sich durch die Adition mit ihr identificirt, kann sie fortgeben. Haben und Geben widerspricht sich nicht. Im Gegentheil, was einer hat, kann er geben, und was einer fortgeben will, muß er erst haben. Aber was einer ist, das kann er nicht fortgeben.[1] Darum ist heres esto ausschließend, und familiam habeto übertragbar. Der Testator kann und muß sagen: heres esto[2]; denn dadurch, daß er selbst im Testament der Setzende ist, setzt er hierdurch eben den von ihm Berufenen seinerseits schon als seiende Willensidentität mit ihm. Dieser hat also die Identität nur fort zu sein, als die er bereits vom Testator gesetzt und vollbracht ist, und nur auch seinerseits dies Sein, als daß er selbst von seiten des Testators schon gesetzt ist, anzuerkennen. Bei dem Intestaterbrecht fehlt es ja aber eben an einer seienden Willensidentität des Testators, und darum gerade muß das Intestatgesetz erst ergänzend eine solche ihm geben[3]. Thäte ferner das Intestatgesetz dies mit den Worten: Proximus agnatus *heres esto*, so würden die römischen Juristen ganz unbedingt und mit höchstem Rechte aufgefaßt haben, daß dieser vom Gesetz ausgehende Befehl, etwas zu sein, verbindende Kraft habe, d. h. also, daß der Intestaterbe ein heres invitus sei, wie der suus. Sie würden bei ihrer Weise zu interpretiren, d. h. bei der Schärfe des römischen Geistes, so haben auf-

[1] Er gäbe dann eben das ganze eigene Sein fort, durch Erbeinsetzung, arrogatio, in manum conventio; s. oben S. 382.

[2] Abgesehen davon, daß die Formel nur die Abbreviatur der im testamentum per aes et libram in seiner ursprünglichen Form in der beiderseitigen dramatischen Handlung schon vollbrachten Willensidentificirung ist, s. Nr. VIII und V.

[3] Man vergleiche dagegen Huschke's Erklärung des familiam habeto und heres esto im Rhein Mus., VI, 297, Note 64.

fassen müssen. Denn kein Mensch kann sich dem entziehen, rechtlich das zu sein, was ihm der Gesetzgeber zu sein befiehlt. Er ist es schon eo ipso dadurch geworden, daß das Gesetz ihm dies zu sein befiehlt. Der an das Sein des Menschen gerichtete Befehl des Gesetzes wirkt als eine Qualification desselben, die ihn ohne sein Zuthun sofort befaßt.[1] Der Intestaterbe würde also dann dies Sein nicht nur nicht haben fortgeben, nicht wieder los werden, in jure cediren können, er würde es auch nicht haben ausschlagen können. Durch den gesetzlichen Befehl wäre er statim und ohne seinen Willen Erbe gewesen. Darum kann der Befehl nur an das Haben des Berufenen gerichtet sein. Was einer hat, das kann er nicht nur einem Bestimmten fortgeben, das kann er ergreifen und festhalten, kann es auch nicht ergreifen und fortwerfen, kann es ausschlagen. Seines gesetzlichen Habens kann man sich immer entäußern, nur seines gesetzlichen Seins nicht. Darum darf der gesetzliche Befehl, wenn er die individuelle Willkür des Berufenen freilassen soll, nur an sein Haben gerichtet sein.

Haben wir hier aber blos Wortinterpretation getrieben und vielleicht übertrieben? Werfen wir die Worte ganz fort und sehen wir jetzt blos auf den realen Begriff der Sache, und jetzt erst werden wir die innere Nothwendigkeit alles bisher Entwickelten in ihrer präcisesten und evidentesten Form zum Vorschein bringen, und nun erst hierbei die letzte Falte im Begriff des Intestatrechts in voller Klarheit hervortreten sehen.

Wir sagten soeben: Bei dem Intestatrecht fehlt es an einer schon seienden Willensidentität des Testators, und gerade darum muß das Intestatgesetz aus dem blos vorausgesetzten Willen des Todten erst ergänzend ihm eine solche geben. Und dies war ja der bestimmte Begriff des Intestatrechts, aus dem wir von Anfang an alles Weitere desselben entwickelt haben. Wie aber? Kann das Gesetz selbst ihm eine solche geben? Wenn es selbst, das Gesetz, das Gebende sein wollte, so würde es ja, welcher Worte es sich auch immer bedienen möchte, immer die Freiheit des Berufenen verletzen müssen. Es würde dies ja gerade wollen, wenn es selber, das Gesetz, das der erblasserischen Willenssubjectivität den Fortsetzer Gebende sein wollte. Das Gesetz kann also, da es die Willensfreiheit des Berufenen nicht verletzen will, nicht selber dasjenige sein, was dem Todten die Willensfortsetzung ergänzt und gibt. Die Berufung des Intestatgesetzes hat also vielmehr die Bedeutung, daß der Berufene derjenige sein soll, welcher dem Erblasser die Willensidentität und Fortsetzung ergänzt und gibt, d. h. das

[1] Vgl. unsern Bd. 1, §. 1.

Intestatgesetz überträgt in höchster Einheit von Inhalt und Form seines Begriffes das, was sein eigener inhaltlicher Begriff ist, seinen eigenen Charakter des Aushelfens und Ergänzens, seine eigene gesetzliche Befugniß — auf den Berufenen! Nicht das Intestatgesetz ergänzt, sondern es beruft blos Einen, der die Befugniß, das Dasein der Willensidenität zu ergänzen, haben soll. Dies also ist erst die concrete und wahrhafte Bedeutung der intestatgesetzlichen Berufung. Nicht Erbe des Todten zu sein, sondern lebendiges Intestatgesetz zu sein, ausübender Träger der Befugniß desselben zu sein, dem Todten die Fortexistenz seiner Willenssubjectivität zu ergänzen und zu geben — dazu ist er berufen; berufen vom Intestatgesetz, berufen vom vorausgesetzten individuellen Willen des Todten selbst, mit dem jenes nur identisch ist. Da er überhaupt nur zu diesem intestatgesetzlichen Thun, zu diesem Geben, Aushelfen und Ergänzen berufen ist, so liegt es also von vornherein in seinem Begriff, der erblasserischen Willenssubjectivität ebenso gut durch einen Andern wie durch sich selbst ihre Fortexistenz ergänzen und geben zu können.

Es zeigt sich also, wie gerade nur wegen des Subsidiären und Unadäquaten, was im Intestatgesetz überhaupt liegt und deshalb in dem ab intestato Berufenen als dem lebendigen Träger der intestatlichen Aushülfe wiederkehrt, das weitere Recht des Intestatberufenen gegen den Testamentserben, das Recht der in jure cessio gegeben ist.[1]

Es zeigt sich ferner, wie, wenn man blos von dem substantiellen Begriff des Intestatrechts als einem aus dem vorausgesetzten Willen des Todten ergänzenden Geben der Fortexistenz ausgeht, welches aber, um die Freiheit anderer Personen nicht zu verletzen, nicht selber geben kann, sondern diese Befugniß nothwendig auf den Berufenen übertragen muß, man genau zu demselben Resultate kommt, zu welchem man von der Wortinterpretation des familiam habeto der Zwölf Tafeln gegen das heres esto gelangt. Wort und Begriff sind überhaupt im römischen Civilrecht schlechthin identisch und sich deckend, und müssen es da sein, wo beide in solcher

[1] Aber ebenso zeigt sich wieder, daß die Adition des Intestaterben keinen andern Inhalt hat als die des testamentarischen. Denn durch die Adition erklärt der Intestaterbe, daß er die Fortexistenz der Willenssubjectivität, die er dem Erblasser überhaupt nur geben soll, gleichviel in welcher Willensindividualität, ihm in der seinigen geben wolle, daß er selbst Erbe, Willensidentität mit ihm sein und von seiner Befugniß, ihm einen andern dazu zu geben, keinen Gebrauch machen wolle. Es tritt hier also nur noch deutlicher heraus, wie die Adition das in beiden Systemen inhaltlich Gleiche, wie sie, wie wir oben sagten (S. 382), die auswischende Hand des Erben, der einheitlichen Idee des Erbthums überhaupt ist, die sich über die Unterschiede der beiden Berufungen breitet.

höchsten Schärfe genommen werden, von welcher freilich lange jede Ahnung untergegangen ist.

Es zeigt sich drittens endlich jetzt erst in seiner ganzen Entfaltung der Begriff des Intestaterben.

Von dem vorausgesetzten individuellen Willen des Todten, wie von dem allgemeinen Willen des Volkes selbst, welcher mit jenem, als einem sich nicht besondernden, nur identisch ist, geht ein Schreien nach Fortexistenz überhaupt für den Todten aus! Es handelt sich nicht mehr um Fortexistenz in einem bestimmten individuellen Willen und kann sich nicht mehr darum handeln, sonst hätte der Todte sich selbst in einem bestimmten individuellen Willen, in einem Testamentserben oder suus, setzen müssen. Da er dies nicht gethan, so kann es sich mit logischer Nothwendigkeit für diesen blos vorausgesetzten Willen nur noch um Fortexistenz in einer Willenssubjectivität des Volkes überhaupt handeln. Die Allgemeinheit, in welche der blos vorausgesetzte, der sich nicht besondernde Wille des Individuums zusammenfallend versinkt, tritt hier in dieser Gleichgültigkeit gegen den bestimmten Willensfortsetzer am realsten heraus.[1] Aber eben weil der blos vorausgesetzte individuelle Wille, als sich nicht besondernder, identisch ist mit der allgemeinen Willensgemeinsamkeit des Volkes — und wäre er dies nicht, d. h. trüge er nicht diesen Volksgeist in sich, so würde er freilich überhaupt nicht nach Fortexistenz schreien —, so schreit, in beständiger höchster begrifflicher Identität der Momente von Form und Inhalt, der als identisch mit der allgemeinen Willensgemeinsamkeit vorausgesetzte individuelle Wille des Todten, daß ihm durch das, wodurch er selbst individuell mit dieser allgemeinen Willensgemeinsamkeit vermittelt ist, also durch die Vermittelung dieser allgemeinen Willensgemeinsamkeit in ihren gegliederten Trägern[2], Fortexistenz gegeben werde. Das „durch" der Willenssubjectivität, durch welche die Fortexistenz gegeben werden soll — nicht diejenige, in der sie gegeben werden soll —, ist bestimmt, ist durch einen Begriff bestimmt, und zwar gerade durch den Begriff dieser Willensgemeinsamkeit selbst, welche das Agens dieses Schreies bildet; es ist auf den zeitigen individuellen Träger dieses Begriffs bestimmt, nicht aber individuell bestimmt. Das fortsetzungssüchtige Wesen des Todten schreit nach Fortsetzung überhaupt, gleichviel in wem. Nur weil er als vorausgesetzter Wille identisch ist mit dem allgemeinen Willen — was auch allein den wirklichen Grund bildet, diesen Schrei überhaupt bei ihm vorauszusetzen —, ist in den Gliederungen, durch welche sich der vorausgesetzte Wille mit dem

[1] So wenig liegt im Intestaterbrecht ein „Familienerbrecht" vor!

[2] S. oben S. 345 fg.

allgemeinen individuell vermittelt, auch das Ohr bestimmt, an welches zunächst dieser Schrei anschlagen soll.

Aber ebendeshalb darf auch dies nur ein „zunächst" sein, und in jener Gleichgültigkeit gegen die fortsetzende Willenssubjectivität ist schon gegeben, daß es hierbei sein Bewenden nicht haben wird. Lassen die gegliederten Vermittler seiner Willensgemeinsamkeit mit dem Volke, die Agnaten oder Gentilen, dies fortsetzungssüchtige Wesen des Todten im Stich, kommen sie nicht herbei, seinen Ruf zu erfüllen, so tönt dieser Ruf weiter und weiter. So im Stich gelassen von den Gliederungen, die ihn individuell mit der Willensgemeinsamkeit des Volkes vermittelten, muß er, weil er als sich nicht besondernder Wille mit dem allgemeinen Willen identisch ist, jetzt von den Gliederungen nicht gehört, an den rein allgemeinen Willen sich wenden, an den großen, ganzen, ungegliederten Willen des Volkes, in welcher Individualität er auch existire![1] Ist er nicht Agnat, ist er nicht Gentile, so ist er doch Quirite! Diese letzte, rein allgemeine Willensgemeinsamkeit kann man ihm nicht rauben. Und so ergeht denn weiter und weiter der Schrei dieses fortsetzungssüchtigen Wesens in alles Volk hinein, an jeden ersten und besten des Volkes, an jeden, der nur als Individualität diesen Volksgeist in sich trägt, der seinigen Fortexistenz zu geben.

Und so gibt ihm denn jeder eine solche, ohne Berufung und Titel, ohne Testament noch Intestatgesetz, durch die bloße Einlebung in sein Vermögen.

Es ist natürlich die alte usucapio pro herede, von der wir sprechen, infolge deren jeder durch den bloßen jährigen Besitz der Erbschaftssachen vor dem Antritt der Erben das Erbthum, das heredem esse erzeugt, ein Institut, welches durch diese Entwickelung um seinen ganzen bisher so räthselhaften Charakter, um seine so allgemein angestaunte Dunkelheit gebracht, und in seinem organischen Zusammenhange mit dem Intestaterbrecht aufgezeigt ist.[2]

---

[1] Vgl. oben S. 345 fg., u. resp. S. 323 nebst Note 3, u. S. 349, Note 1.

[2] Und nun werden die Worte des Gajus selbst (II, 55) dies aufs evidenteste heraustreten lassen. Er sagt von der usucapio pro herede: „Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, *quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri*, ut essent qui sacra facerent, quorum *illis* temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur." Der erste Grund, den Gajus mit „weil" anführt, die Alten lassen die usucapio des Erbthums zu, weil sie wollen, daß Erben da sein sollen, daß die Willenssubjectivität des Todten fortexistiren soll (und erst hiernach auch in zweiter Linie, daß sie baldmöglichst fortexistiren, die zur Erbschaft Berechtigten schnell antreten sollen und nicht, wie dem Civilerben zusteht, das fortsetzungssüchtige Wesen des Todten unberechenbar lange

Die alte usucapio pro herede ist so ein Subsidiäres im Intestatrecht. Wie das Intestatrecht das Subsidiäre des Testamentsrechts

---

in Ungewißheit lassen, ob sie ihm Fortexistenz geben werden), läßt das Obige jetzt klar für uns und unklar nur für Gajus selbst hervortreten. Der zweite Grund, „damit welche da sind, welche die sacra besorgen und die Creditoren befriedigen", dieser Grund des Grundes enthält nur den schiefen Versuch des Gajus, das, was ihm traditionell von der alten Anschauung überkommen, sich für seinen Verstand zu vermitteln. Dieser Versuch ist schief und muß es sein, weil Gajus dabei nur die einheitliche Idee des Erbthums in ihre einzelnen Wirkungen auflöst, sie aber ebendadurch verlieren muß. Gajus hätte ebenso gut sagen können, „weil die Alten wollten, daß welche da seien, welche die Activobligationen des Todten einkassiren, seine Güter als die seinigen besitzen u. s. f.". Hätte Gajus so die Idee des Erbthums in die gesammte Reihe seiner einzelnen Wirkungen aufgelöst, so würde er freilich den wahren Grund nur in seiner außer sich gekommenen, incongruenten, nicht durchsichtigen Form in Händen gehabt haben. Aber dann wäre schon auf dem Verstandeswege für jedermann zum Vorschein gekommen, daß er eben nur alle einzelnen Wirkungen statt des einheitlichen Grundes dieser Wirkungen setzt, und daß Gajus, alle Wirkungen des Erbthums als Grund aufzählend, eben nur sagt: die Alten wollten es, weil sie wollten, daß Erbthum da sei. Weil der Verstand des Gajus aber wieder — und in dieser Form ganz mit Recht — nicht begreifen würde, was die Alten daran für ein Interesse nehmen, daß jemand die Activobligationen eines Todten einkassire, seine Güter als die seinigen besitze u. s. w., beschränkt er die Gesammtreihe der einzelnen Wirkungen auf die zwei, daß die sacra und die Creditoren befriedigt werden. Aber gerade hierdurch fällt er nun in den noch weit substantiellern und totalen Irrthum, den Schein zu erregen, als wäre es ein anderes als das eigene Interesse des Erblassers, als wäre es das selbständige Interesse dieser Dritten, der Creditoren und Götter, welches, um befriedigt zu werden, die usucapio pro herede hervorrufe und das Interesse, das „Weil" des Erbthums bilde; ein Irrthum, in den ihm natürlich die Juristen, Huschke voran, dem Gajus tapfer nachsagend, was er sagt, getreulich folgen (siehe oben S. 369, Note 1, wo von Huschke als Grund der usucapio pro herede angegeben wird, daß „bald Götter und Menschen befriedigt" und „für Götter und Creditoren ein baldiger Nachfolger geliefert" werde; wobei die den Worten nach bei Gajus noch ganz richtige erste Hälfte des Grundes: *ut essent qui sacra facerent*, nun in noch immer tiefere Unrichtigkeiten verwandelt wird). Aber noch in diesem totalen Irrthum bei Gajus ist, insofern die Fortsetzung der sacra als Grund angegeben wird, die Ahnung des wirklichen Begriffs verknorpelt; denn wenn das Interesse der Creditoren als lebendiger Rechtspersonen ein Interesse dritter Personen gegen den Erblasser ist, so ist doch der Gott nur das eigene herausgesetzte Wesen des menschlichen Geistes, und es würde daher, selbst abgesehen von der genauern Begriffsentwickelung, welche wir über die Idee der Perpetuität der sacra als nothwendigen Ausdruck der Unsterblichkeit des subjectiven Willens gegeben haben (Nr. II), durch diese Eine Bemerkung einleuchtend sein müssen, daß das Interesse, welches der Gott an der Fortexistenz der sacra des Todten nimmt, nicht, wie der Verstand meint, dem alles immer im festen Außereinander bleibt, eine „Pietät" gegen den Gott als ein drittes, außerhalb des Todten existirendes Wesen, sondern

ist, so ist die usucapio pro herede das Subsidiäre des Intestatrechts: ein Subsidiäres des Subsidiären! Auf alle Weise schreit das Wesen des Todten nach Fortsetzung. Weist ihn der ausdrücklich angerufene Testamentserbe zurück, so schreit er als vorausgesetzter Wille im Intestatrecht, daß ihm durch seine individuelle Vermittelung mit der allgemeinen Willensgemeinsamkeit des Volkes Fortexistenz in irgendwem gegeben werde; hören ihn diese individuellen Vermittler nicht, so schreit er immer weiter als vorausgesetzter Wille — also wieder als echter, begrifflicher Intestatwille —, daß ihm durch die ganz allgemeine Willensgemeinsamkeit, durch die er mit jedem Volksindividuum überhaupt verbunden ist, durch den ersten besten Vorübergehenden Fortexistenz gegeben werde.

---

irgendwie ein Interesse des Geistes an sich selber ist. Schon in dieser naiven und eigenthümlichen Gleichstellung von Gläubigern und Göttern, von der schwer zu sagen ist, ob die Götter in ihr mehr als Gläubiger oder die Gläubiger mehr als Götter erscheinen, zeigt sich, daß weder Götter noch Gläubiger und die „Lieferung" für diese, sondern das, worin sich gemeinschaftlich das Interesse der Fortexistenz der sacra und der Obligationen auflöst, also dies: daß diese Willensfubjectivität fortexistirend da sei, das „Weil" bilde, aus welchem die Alten die usucapio pro herede wollten.

Nicht minder aber zeigt der Verstand in dem ersten noch richtigen Satze: quod voluerunt veteres *maturius* hereditates adiri, schon durch das erklärende Einschiebsel maturius, daß er, das traditionell Ueberkommene nicht begreifend, um es zu erklären, es fälschen muß, und zwar wird dies gleichfalls wieder der Verstand durch seine eigene Consequenz zeigen. Gajus begreift nicht mehr recht — wie fern die Zeiten, von denen er spricht, seinem Bewußtsein liegen, legt er ja noch recht deutlich durch die Bemerkung über die sacra: „quorum *illis* temporibus summa observatio fuit", an den Tag —, was für ein so großes Interesse doch eigentlich die Alten an dem Zustandekommen des Erbthums nahmen, um die usucapio pro herede zu gestatten. Er will es sich in einer dem Verstande faßlichen Form erklären, und schiebt daher ein „*maturius*" ein. Die Alten gestatteten sie deshalb, damit „die Erbschaften früher angetreten würden" (weil nun nämlich der Civilerbe zu fürchten hatte, daß Usucapienten, ihm zuvorkommend, wenn er nicht bald antrat, irgendwelche Stücke der Erbschaft dauernd entzögen). Aber wie? Nur, damit sie früher angetreten würden? Nicht auch, damit sie überhaupt angetreten würden? Wenn jeder dem Erben, auch in der Voraussetzung, daß dieser noch später antreten würde, die Sachen vor der Nase weg pro herede usucapiren konnte, war jeder hierbei stattfindende Grund, er möchte sein, welcher er wollte, nicht noch weit stärker, insofern man die Voraussetzung machte, der Erbe würde niemals antreten? Der Verstand zeigt also durch sich, daß das maturius nur ein erklärendes Einschiebsel, und zwar ein fälschendes Einschiebsel ist, und daß der Satz des Gajus: quod voluerunt veteres *maturius* hereditates adiri, vielmehr in Wahrheit einfach heißen muß: quod voluerunt veteres *hereditates adiri*, was absolut und genau dasjenige ist, was sich uns im Text vom speculativen Gedanken aus entwickelt hat, d. h. hier wie immer fällt wahre Kritik und speculative Entwickelung in Eins zusammen.

Er schreit so heftig, schreit so gebieterisch, daß er nicht einmal des Rechts der Intestaterben, die sein vorausgesetzter Wille berufen hat, achtet. Wenn sie zögern, wenn sie sich besinnen, wenn sie seine Fortexistenz verschleppen[1], nun so schreit auf Grund derselben Voraussetzung dieser vorausgesetzte Wille logisch consequent weiter, daß der erste beste Vorübergehende jenen zuvorkomme und ihm Fortexistenz gebe. War es ihm ja schon im Intestatrecht selbst nur um Fortsetzung überhaupt und gleichviel in wem zu thun, nur daß ihm diese Fortsetzung durch die Vermittelung der allgemeinen Willensgemeinsamkeit gegeben werden sollte. Ungegliedert aber liegt zuletzt diese Willensgemeinsamkeit in jedem Träger desselben Volksgeistes vor, und es ist daher nur die logisch nothwendige Abstufung der sie berufenden Voraussetzung selbst, daß sie nur die erstberechtigten sind, an die der Ruf sich wendet, und die herbeikommen können, ihm Erfüllung zu geben, daß aber, solange sie nicht hören wollen, der Intestatschrei über sie hinausgeht an jeden, der in die allgemeine Willensgemeinsamkeit eingeschlossen ist. Dem testamentarischen Erben aber kann dies nicht passiren, solange er in seiner echten und adäquaten begrifflichen Weise existirt. Denn dann ist er ja (s. Nr. VIII) schon bei Lebzeiten des Erblassers durch die beiderseitige Willensidentification als daseiende Willensidentität desselben gesetzt, wie wir dort bei der echten und ursprünglichen Form des civilistischen Testaments, wo der familiae emptor selbst der Erbe ist, gesehen haben, und wie bei zweien Willen, die sich — ohne Hülfe eines Gesetzes, was nur beim Intestatrecht der Fall — miteinander identificiren sollen, ja auch ganz nothwendig ist, daß sie sich noch als Willen lebend gegenüberstehen. Der echte Testamentserbe, der Testamentserbe in der alten

[1] Aber wenn sie ausschlagen, so haben sie ihn sogar negirt; es ist dann gar kein Fortgespanntsein des erblasserischen Willens (hereditas jacens) mehr vorhanden. Der Wille, auf den er sich bezog, damit ihm eine Fortexistenz gegeben werde, hat ihm auch das Gegebenwerden einer solchen negirt und ihn somit vernichtet, umgebracht. Darum ist er jetzt erblos und sein Vermögen vor der lex Julia herrenlos und Gegenstand der Occupation, nicht der Usucapion, daher auch nicht der usucapio pro herede. Wenn eine Fortbeziehung des erblasserischen Willens auf einen Fortsetzungsgeber überhaupt nicht mehr existirt, so kann auch keiner mehr für diesen einspringen, pro herede usucapiren. Die Fortexistenz des erblasserischen Willens haftet an dem Intestaterben, und sinkt dem Erblasser ins Grab nach, wenn der Intestaterbe ihn abschüttelt oder selbst stirbt. Dann ist der Erblasser zum zweiten mal gestorben, dann ist auch sein Wille todt, und nun kann ihn keiner mehr ins Leben bringen. Die usucapio pro herede setzt also nothwendig voraus, daß der Wille des Erblassers noch an einem Erben hafte, um ihn ergreifen zu können, woraus sich erst die Einzelheiten dieses Instituts verstehen. Dies von Gajus nicht bewältigte Moment ist es auch, welches ihn (siehe S. 389, Note 2) zu dem Einschiebsel maturius veranlaßt.

Zeit, bedarf also, wie nicht etwa blos aus dieser Form, sondern aus dieser Form nur als dem realen Dasein der Idee folgt und sich von allen Theilen unserer Entwickelung von selbst ergibt[1], gar keiner neuen Adition[2]; er ist schon als Erbe da, ist diese fortexistirende Willenssubjectivität, als welche er sich bereits gesetzt hat. Erst der, wie wir in Nr. VIII ausdrücklich zeigten, in vollständige Incongruenz mit seinem eigenen Begriff tretende Testamentserbe, erst dieser Verderb des civilistischen Begriffs desselben kann dem Testamentserben dieselbe Incongruenz auch in seinem materiellen Recht erzeugen.

Die usucapio pro herede erweist sich so als ein echter Intestatschrei. Sie nimmt, was der letzte für ihre entwickelte Bedeutung erforderliche Nachweis ist, im alten jus civile nur eine specifische Stellung zum Intestatrecht, keine zum testamentarischen ein, kann nur als eine mögliche Modification des erstern, nicht des zweiten auftreten, und legt auch dadurch ihren nachgewiesenen Begriff, eine innerliche Abstufung des Intestatrechts zu sein, entschieden an den Tag.

So hat sich denn der Begriff des Intestatrechts zu seiner organischen Entwickelung und zu seiner letzten über das Intestatrecht selbst hinausgehenden Consequenz getrieben. Die usucapio pro herede ist — inhaltlich wie formell — ebenso Intestatrecht, wie sie es nicht ist; gerade wie der suus ebenso testamentarischer Erbe ist, wie Intestaterbe. In dieser letzten organischen Abstufung und umschlagenden Consequenz, zu der sich der Begriff des Intestatrechts treibt, ist nur am sinnfälligsten klar geworden, wie weit das Intestatrecht von Anfang an davon entfernt ist, „Familienerbrecht" zu sein.

Es kann nicht die Absicht sein, hier auf das Einzelne bei der usucapio pro herede näher einzugehen, da ja nicht einmal auf das eigentliche Detail des Intestatrechts selbst eingegangen werden konnte. Nur ihr Begriff und ihre allgemeine Stellung im Erbrecht sollte klar gelegt werden. Aber gerade hierfür sind wenigstens einige Bemerkungen noch unerläßlich.

Hat die usucapio einer einzelnen Sache des Erblassers schon die Usucapion des Erbthums zur Folge? Oder ist noch ein weiteres nöthig, damit der Usucapient pro herede usucapirt? Gajus selbst äußert sich darüber nicht genau; denn er spricht zuerst von einer Usucapion der rerum hereditariarum, während er bald darauf und an spätern Stellen immer von res und eam rem spricht. Nimmt man an, daß Gajus die

---

[1] Vgl. S. 385 und Note 2 das. mit Nr. VIII.

[2] Man vergleiche nur den Bericht des Theophilus, II, Tit. X, §. 1, welcher deshalb die alte Testamentsform abkommen läßt, weil der familiae emptor, als der von selbst vorhandene Erbe, dem Erblasser nach dem Leben getrachtet habe.

pro herede Usucapion als bei der Usucapion einer einzelnen Sache des Erblassers eintretend bezeichnen will, so ist sein Bericht nicht genau, d. h. er ist nur für eine spätere Zeit des jus civile genau, nicht für die älteste desselben. Dies folgt mit der unumstößlichsten Gewißheit schon aus den beiden Sacraltheorien, die uns Cicero vorträgt und die wir sub Nr. II und III näher betrachtet haben. Denn dort sagt ja Cicero mit ausdrücklichen Worten, die ältere Theorie habe die Verpflichtung zu den sacris übergehen lassen hereditate aut si *majorem partem* pecuniae capiat. Erst die jüngere Sacraltheorie läßt, wie Cicero daselbst bezeugt, schon mit der Usucapion einer einzelnen Sache, si ullam rem ceperit, die Verpflichtung zu den sacris eintreten. Der Usucapient muß also, nach der ältern Theorie, den größern Theil des Vermögens des Todten usucapiren, um zu den sacris verpflichtet zu sein. Ein Erbcharakter ohne Verpflichtung zu den sacris ist aber vermöge der absoluten Identität beider nicht möglich (vgl. Nr. II), und so steht denn entschieden fest, daß zur Zeit der ältern Theorie die Usucapion blos dann eine usucapio pro herede war, blos dann das Erbthum übertrug und den Erbcharakter erzeugte, wenn sie den größern Theil des Vermögens des Todten umfaßte. Es ist aber nur nöthig, dies Resultat auszusprechen, um nun in völliger Evidenz hervortreten zu lassen, daß, was wir sub Nr. III über die Bedeutung dieser *major* pars des Vermögens und über den ideellen Grund, weshalb eine subsidiäre Verpflichtung zu den sacris durch diesen quantitativen Vermögenserwerb auferlegt werden kann, erörtert haben, nichts anderes ist als — so wenig wir dort auch, noch ehe das Intestatrecht entwickelt war, davon sprechen konnten — die entwickelte eigene Bedeutung der *usucapio pro herede*.

Der überwiegende quantitative Zusammenhang, zeigten wir dort, in welchem jemand die Sachen des Todten übernimmt, läßt durch diesen fortexistirenden Zusammenhang derselben den Widerschein der frühern Willensherrschaft auf den neuen Besitzer fallen und verpflichtet ihn dadurch subsidiär zu den sacris. Dieser in dem fortexistirenden Zusammenhang der Sachen gegebene Widerschein der frühern Willensherrschaft ist es also, welcher eine Einheit in der in Einzelnes auseinanderfallenden Sachenwelt selbst erzeugt, die vielen Sachen in den Begriff des (individuellen) Vermögens umsetzt, diesen erst erschafft und wirklich jene „Vermögenspersönlichkeit" erzeugt, die unsere Autoren für den Begriff des Erbrechts halten, und die statt dessen nur das Subsidiäre des Subsidiären in ihm ist.

Der Ruf also, welcher sich in der usucapio pro herede an jeden Vorübergehenden richtet, geht, wie wir schon oben sagten, dahin, dem Todten Fortsetzung zu geben durch die bloße Einlebung in sein Vermögen, Worte, die erst jetzt zur ganzen Durchsichtigkeit ihres Inhalts

gelangen; das heißt also: Die Bedingung bei der Usucapion ist eine rein factische. Hat der erste beste Jemand, der den Todten fortsetzen will, kein Recht, hat er weder Testament, noch Intestatgesetz in seiner Hand, hat er keinerlei individuelle Beziehung zum Todten und nur die allgemeine Gemeinsamkeit des Volksgeistes zu ihm, nun so muß er sich, um der individuellen Willenssubjectivität des Todten Fortsetzung zu geben, wenigstens factisch in diese Individualität hineinleben, indem er sich in das individuelle Vermögen derselben hineinlebt, indem er es leistet, die Sachen desselben in einem solchen Zusammenhange an sich zu bringen, daß durch die Fortexistenz dieses vom Todten begründeten Zusammenhanges der Widerschein seiner individuellen Willensherrschaft auf ihm weilt. Dies ist die factische individuelle Fortsetzung des Usucapienten, die bei ihm an die Stelle eines ihn berufenden Rechts tritt, oder dies, dieses Sichhineinindividualisiren in den Todten, ist die Erfüllung der Bedingung, unter welcher die Berufung des individuellen Intestatwillens an ihn ergangen ist, oder die Erfüllung der Aufgabe individueller Fortsetzung, die an ihn gestellt ist. Es ist diese factische Leistung der Sichhineinindividualisirung in den Todten, die ihn von jedem andern Volksindividuum und vom Usucapienten pro suo unterscheidet. Während der echte Erbe (der Testamentserbe) in der alten Zeit des jus civile nicht nur kein Vermögen braucht, um Erbe zu sein, nicht nur keines erhält, sondern auch, um seinen Begriff des Willensträgers rein zu bethätigen, keines erhalten darf, ist es bei diesem subsidiarischsten Subsidiarerben gerade diese Leistung des Vermögenserwerbs, durch welche er sich dem Todten assimilirt und sich zum individualisirten Willensfortsetzer desselben, zum Erben macht. Dies ist also die Bedeutung der major pars, und es muß entschieden daran festgehalten werden und ist durch die Stelle des Cicero peremtorisch bewiesen, wenn auch merkwürdigerweise, soviel wir uns erinnern, stets übersehen, daß die älteste usucapio pro herede an die Usucapirung der major pars pecuniae gebunden ist.

Aber wie? Was wir in Nr. III von dieser major pars, von dem durch diesen fortexistirenden Zusammenhang des Vermögens entstehenden Widerschein der frühern Willensherrschaft gesagt und soeben wiederholt haben, was wir dort nur hingeworfen, hier aber erst in seinem tiefen organischen Zusammenhange entstanden und begründet gefunden und somit hier erst wahrhaft bewiesen haben, das behaupteten wir in Nr. III ja geradezu als das subsidiäre unterscheidende Princip des prätorischen Rechts der bonorum possessio. Und hier finden wir es wieder im ältesten Civilrecht selbst und wollen es für solches ausgeben.

Aber mit dieser bloßen Frage fällt nun auch der letzte Schleier, der bisher das römische Erbrecht verhüllte, und dasselbe tritt nunmehr in seiner

ganzen leuchtenden Einheit, in der ganzen blendenden Helle seiner begrifflichen und geschichtlichen Entwickelung hervor.

Ja, das jus civile selbst trägt in diesem subsidiären Intestatrecht, in diesem Subsidiären des Subsidiären bereits den Keim in sich, aus welchem sich das prätorische Erbrecht der bonorum possessio entwickelt hat, den Keim seines eigenen Verderbens. Und trüge es nicht selbst schon diesen Keim in sich, nie hätte das prätorische Erbrecht entstehen können. Dieser Keim des prätorischen Rechts, das Dasein seines Princips im *jus civile* — das ist eben jene letzte subsidiäre Abstufung desselben, die civilistische usucapio pro herede! Und wäre hier noch von einem einzelnen Beweise zu reden, wo alles Beweis ist, so würde er darin liegen, daß die römischen Juristen selbst den prätorischen bonorum possessor zu den Usucapienten pro herede rechnen[1] und also die Einheit des civilistischen und prätorischen Erbprincips in ihm hier auch äußerlich hervortritt.

Die civilistische usucapio pro herede trägt schon in ihrer äußern Erscheinung als ein bona possidere des Todten so sehr ihre genetische Verknüpfung mit der bonorum possessio in sinnlich handgreiflichen Zügen auf die Stirn geschrieben, daß schon bisher das Dasein eines solchen Zusammenhangs nicht unbemerkt bleiben konnte, und die verschiedensten Vermuthungen darüber aufgestellt worden sind.

Savigny in seiner ersten Abhandlung über das Interdictum quor. bonor.[2] denkt sich denselben also: Bei der Einführung des prätorischen bonorum possessio sei es der Zweck gewesen, gewisse Personen, die nicht Erben waren, namentlich die Emancipirten, doch praktisch den Erben gleichzustellen, sowol hinsichts der Obligationen wie des Eigenthums. Für erstere sei dieser Zweck einfach dadurch erreicht worden, daß der Prätor diesen Personen utilis actio für jede einzelne Schuldklage gegeben habe. Für das Eigenthum aber habe sich der Prätor eben an die usucapio pro herede angelehnt. Da diese den vom Prätor begünstigten Personen ebenso gut zugestanden, wie jedem andern, hätten nicht andere Personen schon vor ihnen sich in den Besitz der Sachen gesetzt, so hätte es für sie eines besondern Rechtsmittels gar nicht bedurft.[3] Hätte aber ein Anderer schon zu usucapiren angefangen gehabt, so sei nun freilich eine Rechtshülfe nothwendig gewesen, indem der Prätor durch das Interdict diese Andern zwang, die Sachen herauszugeben, und den von ihm begünstigten Personen dadurch die Möglichkeit verschaffte, die usucapio

---

[1] Ulpian, L. 11 de H. P. (5, 3): „Sed enim et bonorum possessor pro herede videtur possidere."

[2] Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft, V, 14 fg.

[3] Insofern wären sie ja aber auch gar nicht prätorische Erben gewesen!

pro herede vornehmen zu können. Später, nach Einführung des bonitarischen Eigenthums, habe man dies natürlich dem bonorum possessor sogleich nach Ertheilung der bonorum possessio zugestanden, und nachdem man sich so mehr und mehr daran gewöhnt habe, die bonorum possessio als ein der hereditas gleichartiges Recht anzusehen, habe man auch die eigenthümlichen Rechtsmittel derselben auf sie angewendet; so sei auch bei ihr die successio in universum jus, namentlich die possessoria hereditatis petitio allmählich entstanden.

Es wäre überflüssig, die einzelnen Irrthümer und Unmöglichkeiten, welche diese Ansicht enthält, bloßzulegen.

Der wesentlichste Irrthum derselben, den auch die ihr entgegentretenden Juristen übersehen, ist der, daß überhaupt durch sie gar nichts erklärt, sondern das zu Erklärende einfach vorausgesetzt wird. Wenn einmal vorausgesetzt wird, daß der Prätor gewisse Personen „begünstigen" und den Erben praktisch gleichstellen wollte und konnte, nun so ist das Princip des prätorischen Erbrechts ja schon da, ist schon selbst als bestehend vorausgesetzt, und von einer Genesis desselben aus der usucapio pro herede keine Rede! Wird andern Personen, die zu usucapiren angefangen haben, dies civilistische Recht zu Gunsten jener Personen, die der Prätor eben den Erben gleichstellen will, durch das Interdict entzogen, nun so ist ja eben das prätorische Erbrechtsprincip schon fix und fertig unterstellt und nicht als aus der usucapio pro herede entstanden genetisch erklärt, vielmehr ist es sogar gegen dies civilistische Recht ins Leben getreten. Und auf Grund welcher Befugniß? Auf Grund der andern prätorischen Rechtsidee! Aber deren Entstehung zu erklären, darum handelte es sich ja eben! Wird sie einmal als vorhanden angenommen, so können die einzelnen Manoeuvres, die sie zu ihrer Ausführung gebraucht, an und für sich schon nur ein ganz secundäres Interesse haben. Uebrigens ist evident, daß auch im Einzelnen nichts auf diese Weise entstanden sein kann. Ist die Idee eines prätorischen Erbrechts einmal da, so ist die successio in universum jus und die possessoria hereditatis petitio des prätorischen Erben ja schon ganz gegeben und kann nicht erst später entstehen.

Anders denkt sich Huschke jenen Zusammenhang. Er versucht eine Erklärung dieser Genesis der prätorischen bonorum possessio aus der civilen usucapio pro herede — in den Worten. In der Sache verfällt er ganz in denselben Cirkel, das prätorische Princip, statt seine Genesis zu erklären, als schon vorhanden vorauszusetzen, und in noch substantiellere Unrichtigkeiten. Er denkt sich die Einführung der bonorum possessio also[1]:

[1] Siehe seine Recension der Schrift von Fabricius in Richter's Krit. Jahrbüchern, 1839, S. 11 fg.

Die usucapio pro herede habe mit der Zeit einen unwürdigen und gehässigen Charakter angenommen. Früher sei sie eine pia et honesta gewesen, die besonders nur von dem Erblasser nahestehenden Personen (! die pure Voraussetzung, die gegen den ganzen ausdrücklichen Inhalt dieses Rechts angeht!) in Anwendung gebracht worden sei, welche ihr Gewissen zu einer solchen schleunigen Besitzergreifung getrieben, damit nämlich bald Götter und Menschen befriedigt würden (vgl. hierüber oben S. 389, Note 2); da später aber die Gewinnsucht sich über Religion und Ehrenhaftigkeit erhoben hätte, so sei sie dadurch zu einer improba et lucrativa geworden. Hierdurch sei es sehr gewöhnlich geworden, daß der Nachlaß den würdigsten Competenten (wer waren diese?) entzogen und so sehr zersplittert sei, daß die einheitliche Idee der bona darüber fast verloren gegangen und auch der ursprüngliche Zweck, für Götter und Creditoren einen baldigen Nachfolger zu liefern, ganz verfehlt worden sei. Dieser Zustand der Dinge habe den Prätor zu einer Intervention auffordern müssen, und so habe er denn in den Edicten über bonorum possessio ursprünglich nur seine Hülfe für das schon längst bestandene bona possidere angeboten, wobei ihn vorzüglich der zwiefache Gesichtspunkt geleitet, einmal, daß die einheitliche Natur der bona (!) festgehalten, und zweitens, daß beim Streite der Competenten über die Erbschaft nur die Würdigsten zu der vom Prätor autorisirten Besitznahme zugelassen würden. Zugleich habe er auch, da alles darauf angekommen sei, dem Erbvermögen recht bald einen factischen Vorsteher zu geben (!)[1], die Auerbietung der bonorum possessio auf eine gewisse Zeit beschränkt und nach deren Ablauf den nächsten würdigen Competenten berufen (successorium edictum) u. s. w.

Wir haben dieses Referat von Huschke's Ansicht mit den Worten Vangerow's gegeben[2], der darin einen „geistreichen Einfall" sieht, ihm aber selbst die Unmöglichkeit entgegenhält, daß aus dieser „prätorischen

[1] Das „Vermögen" ist bei Huschke ein wahres Götzenbild für den Römer, in dessen Dienst er sich unabässig schindet und aufopfert. Dies selbstlose Ding, diese bloße Sache, die das Subject genießt, will einen „factischen Vorsteher" haben, einen, der es bedient (vgl. oben S. 12—18; S. 369, Note 1), will eine „einheitliche Natur" und eine „einheitliche Idee" haben, wehrt sich gegen Zersplitterung, wehrt sich auch gegen den ersten besten, dem die usucapio es doch unterwirft, und will einen haben, der seiner „würdig" sei, und der Römer hat nichts zu thun, als nicht nur alle Verhältnisse der Vernunft überhaupt umzukehren, sondern auch alle Sätze seines eigenen jus civile, seines eigenen historischen Geistes, in Stücke zu schlagen, um nur die tyrannischen Launen dieses Quälgeistes zu befriedigen! — Ist es die Philosophie oder die positive Jurisprudenz, die sich in Abstractionen ergeht?

[2] Pandekten, II, 13 (Marburg 1852).

Besitzeinweisung zum Zweck der usucapio pro herede" sich ein gesammtes abgerundetes Erbrechtssystem habe entwickeln und überdies noch eine so eigenthümliche (es allmählich verschlingende) Stellung zum Civilerbrecht habe einnehmen können, weshalb er Savigny und Huschke gegenüber — und soweit mit vollem Recht — bei der im ganzen herrschenden Ansicht von Fabricius[1] stehen bleiben zu wollen erklärt, nach welcher die bonorum possessio ursprünglich aus einer vorläufigen Besitzeinweisung zum Zweck eines gerichtlichen Erbschaftsstreits hervorgegangen sei.

Wir unsererseits vermögen auch das „Geistreiche" in dem Einfall keineswegs zu finden.

Vor allem ist ja wieder die vollkommen leere, tautologische petitio principii dieser angeblich genetischen Erklärung völlig evident! Nach welchem Princip bestimmt denn der Prätor die „würdigsten Competenten" zur Usucapion? Usucapiren heißt Ersitzen. Wer ist zum Ersitzen der „Würdigste"? Wer sich zuerst auf die Sache setzt. Das zeigt die Vernunft, und ganz besonders das römische Civilrecht.

Wenn der Prätor statt dessen schon irgendein anderes Princip in der Hand hat, sei es welches es wolle, welches die „würdigsten Competenten" und die „nächst Würdigsten" bestimmt, so hat er eben schon das fix und fertige Princip des prätorischen Erbrechts von vornherein in der Hand, und es braucht und kann dasselbe nicht mehr aus der usucapio pro herede allmählich entstehen. Das Princip, welches bestimmt, welche Personen mit Ausschluß anderer die würdigsten sind, das Vermögen eines Todten an sich zu nehmen, pflegt man eben gemeinhin — wie der „geistreiche Einfall" übersieht — Erbrecht zu nennen! Nicht nur das Princip des prätorischen Erbrechts ist dann gar nicht aus der usucapio pro herede entstanden, sondern bleibt vor wie nach, man weiß nicht woher geflogen, und der Prätor kann dafür die usucapio pro herede auch gar nicht mehr benutzen. Denn wenn er den Besitz des Todten ertheilt nach einem die Würdigsten bestimmenden Princip, so ertheilt er eben gar nicht mehr Usucapion, so wenig pro herede wie pro suo, sondern eigenes, selbständiges Erbrecht, nur freilich nicht civilistisches, sondern prätorisches. Und freilich ist dies eben die Wahrheit, daß er dies ertheilt; aber dies ist eben das Gegentheil der in Rede stehenden Ansicht, und aus ihr heraus niemals zu begreifen. Und ebenso wenig könnte die usucapio pro herede, die ja nur eintritt, solange die Testaments- und Intestaterben

[1] Historische Forschungen im Gebiete des römischen Privatrechts, Heft 1 (Berlin 1837).

nicht antreten, dies prätorische Princip jemals befähigen, die civilrechtlichen Erben selbst zu verdrängen.

Es ist hiernach überflüssig, die weitern Gegentheile des Wahren noch näher zu entwickeln, die in der obigen Ansicht enthalten sind, und die bei Huschke um so natürlicher sind, als er überhaupt einfach die usucapio pro herede für „einen Irrthum der Alten" hält.[1]

Durch die erwähnten Erklärungen ist also das prätorische Erbrecht nicht nur nicht aus der usucapio pro herede abgeleitet, sondern das prätorische Erbrecht bleibt überhaupt unerklärt. Es bleibt, was es war, prätorische Willkür, prätorisches Besserwissen, prätorische Eigenmächtigkeit gegen das jus civile!

Es mag sein, daß Niebuhr kein Jurist ist. Es ist auch wahr, daß die Erklärung, die er seinerseits von der Entstehung der prätorischen bonorum possessio gibt — daß sie nämlich aus dem Besitz des ager publicus hervorgegangen sei[2] —, eine äußerst verunglückte und wirklich unjuristisch zu nennende ist. Aber die Antwort, die er dabei den Juristen gibt: „Eine Magistratur, die es sich hätte anmaßen dürfen, ein Erbrecht einzuführen, wodurch das gesetzlich bestehende untergraben werden sollte, ist eine Monstrosität, welche kein verständiger Mann, sobald er sich die Sache verwirklicht denkt, für möglich halten kann", ist niemals von ihnen widerlegt worden, und trifft alle ihre Erklärungsversuche gleichmäßig.

Die wahrhafte genetische Entwickelung des prätorischen Erbrechts aus der usucapio pro herede ist nun aber aus dem Obigen bereits evident. Das jus civile trägt von Anfang an, zwar nur als seine äußerste versteckte Falte, als seine subsidiärste Abstufung des Subsidiären, diesen Entwickelungskeim des civilistischen Verderbens in sich, aber es trägt ihn bereits in sich selber. Wie er zum Vorschein kommt, wie er sich entfaltet und allmählich das civilistische Erbrecht selbst verdrängt, — diese ganze Entwickelung ist schon gegeben, wenn man von hier aus das nachliest, was wir in Nr. III über die Entwickelung der jüngern Sacraltheorie aus der ältern nachgewiesen haben. Es ist absolut derselbe Proceß, derselbe Gedankengang, wenn wir auch dort seine Tragweite noch nicht entfalten konnten. Es ist das Schicksal des gesammten jus civile, das wir dort in dem innern Verhältniß der beiden Sacraltheorien zueinander nachgewiesen haben. Das Subsidiäre, welches im civilistischen Recht als Subsidiäres enthalten ist, tritt zunächst als selbständiges, aber noch untergeordnetes, als ein noch subsidiäres, aber, als außerhalb des jus civile befindlich, ihm coordi-

[1] Studien des Röm. Rechts, I, 237.

[2] Niebuhr, Römische Geschichte, II, 173 fg.

nirtes Recht neben das civilistische Recht, und nachdem es dies Nebeneinander mit dem civilistischen Recht erlangt hat, hat es dasselbe an sich schon aufgehoben und setzt sich allmählich an die Stelle desselben. Wir haben bereits (S. 395 fg.) hervorgehoben, wie in dieser seiner subsidiärsten Falte das Princip des civilen Erbrechts an sich in sein absolutes Gegentheil umgeschlagen ist. Wenn der Begriff des echten civilistischen Erbthums die subjective Willensunsterblichkeit ist, die nicht nur mit der Vermögensübertragung nichts zu thun hat, sondern durchaus negativ gegen diese ist, sodaß der echte und wahre Erbe nur der vermögenslose enterbte Willensträger, dieser Triumph des Erblassers, ist, so ist mit dem äußerst-subsidiarischen der usucapio pro herede ein Erbthum eingetreten, welches sich gerade nur durch den Vermögenserwerb erzeugt. Der Erbe hat hier nicht die Willenssubjectivität des Todten übertragen bekommen und beherrscht in secundärer Folge davon dessen Vermögen, sondern gerade nur durch das Vermögen lebt er sich hinein in dessen Willen, wie wir gesehen haben und wie überdies durch die von der Sache ausgehende Usucapion unter allen Umständen evident ist. Es ist somit ein anderes und entgegengesetztes Erbrechtsprincip, das Erbrecht als Vermögenserwerb, welches als subsidiärste Abstufung im jus civile selbst an sich enthalten ist. Dieses Princip gesetzt als das, als was es so im jus civile bereits an sich vorhanden ist: als ein zwar anderes und selbständiges, dem civilen Erbrecht aber noch subsidiäres, besonderes Erbrechtsprincip, das Erbrecht als Vermögenserwerb — dies ist das prätorische Erbrecht!

Genau so, wie es sich hier durch die nothwendige Consequenz des Begriffs bestimmt und entwickelt hat, tritt es in der Geschichte auf. Als ein anderes und besonderes Erbrecht; denn so tritt es als prätorisches neben das civilistische hin, und steht auch dem civilistischen Erben als ein von seinem civilistischen Erbrecht getrenntes und verschiedenes zu, läßt ihm die Wahl zwischen diesem neuen bloßen Vermögenserbrecht, der bonorum possessio, und seinem civilistischen Rechte, und umfaßt testamentarisches und Intestaterbrecht, wenn es auch ursprünglich, wie dem Gedanken nach, so auch historisch, von letzterm ausgegangen ist. Aber gerade in diesem nachgiebigen Anschmiegen an den civilistischen Erben, gerade darin, daß es ihm erlaubt, trotzdem er ein solcher ist, auch bloße bonorum possessio zu agnosciren, zeigt es, daß es nun ein besonderes Erbrecht ist, das Erbrecht als bloßer Vermögenserwerb, welches unabhängig von jenem ist und seinen innern, noch verhüllten Antagonismus wird entfalten müssen. Als ein blos Subsidiäres des jus civile tritt es neben dasselbe. Denn selbst noch

bis zu Gajus' Zeit gilt der Satz[1], daß der civilistische Erbe dem bonorum possessor die Erbschaft abrufen kann und dieser sie nur behält, si nemo sit alius jure civili heres. Statt in einen Conflict mit dem Civilrecht zu treten, erfaßt es sich zunächst als ein Recht supplendi juris civilis gratia. Die successio in universum jus defuncti, die possessoria hereditatis petitio bringt es von Haus aus mit aus seinem mütterlichen Erbreich, und muß sie mitbringen. Denn es ist Erbrecht, nur Erbrecht auf dem bloßen Standpunkt des Güterbesitzes, Erbrecht aufgefaßt als Vermögenserwerb. Es ist darum alles in ihm, was in dem civilistischen Erbrecht ist, alles spiegelt sich in ihm wider, alles kommt in ihm wieder zum Vorschein, nur entleert von dem civilistischen Begriff der Willensfortexistenz, entleert von dem, was in dem civilistischen Recht das Civilistische ist. Wird daher gefragt, wer die Erbberechtigten auf diesem Boden sein können, so ist zunächst die Antwort, daß dies natürlich ja wiederum nur die Erbberechtigten des jus civile sein können! Nicht die Erbberechtigung, sondern nur der Boden ist geändert, auf welchem sich dieselbe bewegt. Auf diesem neuen Boden rollt sich daher noch einmal sachgemäß das ganze System des Civilrechts mit seinen Unterschieden auf. Daher das häufig von den Autoren bemerkte ängstliche Anklammern der bonorum possessio an das System der Civilerbschaft, daher die „so sichtbar hervortretende Berücksichtigung der Agnaten und in gewisser Weise selbst der Suität."[2] Nur daß sich auf diesem Boden, der von vornherein die Abstraction vom civilistischen Recht, das Hinwegsehen vom Begriff des specifisch-römischen historischen Volksgeistes ist, sich nichts in ausschließender Geltung erhalten kann, was nur durch den Begriff dieses specifischen historischen Volksgeistes gegeben ist, sodaß hier nun das allgemein Menschliche hervorbricht, zunächst hinter jenem besteht und dann, es nach seiner eigenen Reihenfolge gliedernd, es allmählich aufhebt. Daher also auch wieder das relativ Wahre in der Meinung derjenigen Autoren[3], welche die bonorum possessio auf das jus gentium basiren, annehmend, daß sie aus dem Edict des praetor peregrinus in dasjenige des praetor urbanus hinübergewandert sei. Sie ist nicht so gewandert und nicht so entstanden. Aber als Abstraction von dem im jus civile waltenden specifisch-römischen Geistesbegriff, bewegt sie sich dem Princip nach von vornherein auf dem Boden des jus gentium, bis sie sich auch in realster Wirklichkeit, ihre unver-

[1] Gajus, II, §. 149.

[2] Fabricius, a. a. O., S. 7 fg.; Löhr in seinem und Grollmann's Magazin, III, 250 fg.; Vangerow, Pandekten, II, 14.

[3] Siehe oben S. 56, Note 1.

meidlichen Gedankenconsequenzen ziehend und sich an die Stelle des Civilrechts setzend, sich immer mehr zu einem jus gentium abreibt. Beide Ansichten der Autoren, die sich als entgegenstehende bekämpfen, haben sich so von selbst in die Einheit jenes begrifflichen Verhältnisses aufgelöst.

Zugleich zeigt sich hier, daß auch das, was wir sub Nr. V über die bonorum possessio sagten, zwar richtig, aber noch abstract und einseitig war. Wir konnten dort nur die Seite des Gegensatzes zwischen der bonorum possessio und dem civilen Erbrecht hervorheben. Die Seite, nach welcher sie an sich in ihm enthalten ist, aus ihm entsteht und die sie mit ihm gemeinsam hat, konnten wir dort noch nicht darlegen. Auch eine Vorausweisung hätte nichts genützt und nichts deutlich gemacht. Alles Wahre entsteht nur schrittweise. Wohl aber gewinnen erst von hier aus die häufigen Bemerkungen ihr wahres begriffliches Verständniß, in welchen wir oft auch in Einzelheiten den Gegensatz wie die gemeinschaftliche Seite beider Institute — den Widerschein des civilistischen Princips in der bonorum possessio — klar zu legen suchten.[1] Wohl aber gewinnt jetzt ihr ganzes Verständniß jene gedoppelte Bewegung, die wir vor kurzem (S. 326, Note 2) als die Bewegung des Römischen Rechts geschildert haben. Der Satz: Sacra cum pecunia stellt bereits eine gedoppelte Bewegung dar: die Bewegung, daß der Uebergang der sacra, oder das Erbthum, das Vermögen nach sich ziehen solle, und die Bewegung, daß das Vermögen den Uebergang der sacra oder das Erbthum in sich schließe. Beides sind somit nur zwei Seiten des Einen ihnen zu Grunde liegenden Begriffs, daß das Erbthum im Vermögenserwerb bestehe, einen Begriff, welchen das jus civile in jener äußersten subsidiarischen Falte, in der usucapio pro herede, im Keime schon in sich trägt. Dieser Keim beginnt nun seine gedoppelte Bewegung, nach jenen beiden Seiten hin. Er beginnt sie, indem er sich als das, was er ist, als das andere und von dem civilistischen Princip verschiedene Princip des Erbthums als Vermögenserwerbs im prätorischen Recht herausetzt, und er beginnt sie, indem er im Civilrecht selbst die Verbindung des Vermögens mit dem Erbthum, die Uebertragung der pecunia mit der Uebertragung der sacra erzwingen will. Wie die erstere Bewegung zum Theil schon sub Nr. III, so haben wir diese zweite Bewegung schon in der Bewegung, welche die lex Furia, Voconia, Falcidia darstellt, sub Nr. VII betrachtet und

[1] Vgl. z. B. oben S. 37—40 u. S. 43—47 mit S. 78, Note 1; S. 96; S. 134, Note 2; S. 199, Note 1; S. 204, Note 2; S. 231 fg.; S. 247, Note 2; S. 260; S. 263, Note 4; S. 312; S. 341, Note 3; S. 343, Note 1; S. 360 fg., 394 fg., 422 fg., und besonders S. 419 fg., 444 fg.

auf ihre Einheit häufig hingewiesen. Schon die lex Furia, Voconia, Falcidia, ist also das Dasein und die Bewegung des prätorischen Princips im jus civile. Und so haben wir sie ja schon dort, wo uns die volle Erkenntniß des prätorischen Rechts noch fehlte, als die Abreibung des erblasserischen Willens an dem widerstrebenden erbenden Willen, der in diesem Gegensatz zu seinem Interesse und zu seiner Substanz das Vermögen hat, als die Abreibung jenes idealistischen römischen Erbthums sich vollziehen sehen. Diese letztere Bewegung des prätorischen Princips innerhalb des jus civile, oder des jus civile zum prätorischen Princip des Vermögens hin bringt es aber nicht sehr weit. Sie bleibt bei dem Viertel der lex Falcidia stehen. Sie braucht es aber auch nicht weiter zu bringen, weil nun inzwischen infolge der ersten Bewegung das als besonderes prätorisches Recht aus sich herausgesetzte Princip des Erbthums als Vermögenserwerb stark und entwickelt genug geworden ist, um nun von außen in das jus civile einzubrechen, es zu modificiren und dann zu verschlingen.

So haben wir denn gesehen, wie der letzte Verderb des civilistischen Princips, wie Justinian selbst und seine Einführung der Erbschaft sub beneficio inventarii, durch welche der Erbe den Vermögenserwerb als das Substantielle und Alleinige seines Verhältnisses zum Erblasser proclamirt (L. 22, C. 6, 30, vgl. unten S. 469 fg.), an sich schon im ältesten Civilrecht enthalten ist. Justinian liegt ganz und gar schon im alten Civilrecht, wie im Kinde der Greis liegt.

Zugleich sahen wir, wie es gerade das Extrem seines specifischen historischen Geistesbegriffs ist, wie es gerade jener Ueberschrei nach einem Willensfortsetzer ist, den das fortsetzungssüchtige Wesen des römischen Todten zuletzt an jeden Vorübergehenden ausstößt, welcher dieses Princip zwingt, in sein Gegentheil umzuschlagen, sich zum Vermögensbegriff zu entwickeln und in schrittweiser ununterbrochener Continuität jene geschichtliche Abreibungs- und Entnationalisirungsarbeit an sich zu vollziehen, die erst mit Justinian endet.

Warum aber schreit dies fortsetzungssüchtige Wesen des römischen Todten gar so sehr?

Zwar ist die Antwort hierauf dies ganze Werk. Aber den geistigen Urgrund, aus welchem dieser Schrei heraustönt, werden wir noch tiefer erst in der folgenden Nummer, die sich scheinbar von dem erbrechtlichen Thema ganz abwendet, betrachten.

Haben wir den Greis im Kinde erkannt, so hilft nichts, wir müssen das Kind jetzt in seinem Embryo aufsuchen.

Beilage zu S. 325.

Sehr richtig beginnt Huschke seinen Aufsatz über die Rechtsregel „Nemo pro parte testatus etc.", im Rhein. Museum, 1834, VI, 257—369, mit der Bemerkung: „Als einer der überzeugendsten Beweise, wie wenig wir noch nach so vielen Anstrengungen der tiefern Grundlagen des Römischen Rechts mächtig geworden sind, kann wol die Erscheinung gelten, daß es bisjetzt nicht hat gelingen wollen, den Fundamentalsatz des römischen Erbrechts, nämlich die Rechtsregel nemo etc., seinem Sinne und Ursprunge nach zu erklären."

Allein Huschke ist dies, so sehr sein — ihm mit Gans gemeinsames — Streben das richtige ist, diese Erklärung aus dem Innern des römischen Erbrechts abzuleiten, ebenso wenig gelungen. Es ist dies derselbe Aufsatz Huschke's, den wir schon S. 13, Note 2, angezogen und in welchem er das Wesen der Erbschaft überhaupt ausführlich zu eruiren sucht. Dieser Aufsatz ist eine der größten und anerkennenswerthesten Zermarterungen des denkenden Verstandes, dem Begriff ohne begriffliches Denken nahe zu kommen — und muß daher das ewige Schicksal der angestrengtesten Verstandesreflexion theilen, ihn, gerade immer da, wo sie sich ihm am meisten genähert zu haben scheint, wieder am vollständigsten zu verfehlen und einen Schatten zu umarmen. Wegen dieses gedoppelten Interesses, welches jetzt der Aufsatz Huschke's gewähren muß, zu zeigen, wie sich das Ahnen des Begriffs durch ihn hindurchzieht, und wie er denselben bei jedem Punkte wegen der empirischen Verstandesvorstellung, von der er ausgeht, immer wieder gänzlich verfehlen muß, wegen der hohen Wichtigkeit, welche dieser Aufsatz für die Charakterisirung der Verstandesmethode überhaupt hat, mag es gestattet sein, so weit die Rücksicht auf den Raum es irgend erlaubt, denselben einer eingehenden kritischen Betrachtung zu unterwerfen.

Warum Huschke die Bedeutung der Regel: Nemo pro parte etc. nicht eruiren kann, davon ist der Grund bei ihm selbst sehr deutlich ausgesprochen. „Um der Bedeutung der Regel nemo pro parte etc." — beginnt er S. 271 — „auf den Grund zu sehen, bedarf es der Erkenntniß dreier Stücke: was eigentlich Erbschaft und Vererbung (hereditas) sei, worin das Wesen der Testaments- und Intestaterbfolge bestehe und wie sich diese gegenseitig zueinander verhalten." Und nun gibt er sofort den Begriff der Erbschaft dahin an: „Erbschaft ist nicht blos die Menge von Sachen, nicht blos der Erwerb vieler solcher Sachen, welche

durch den Tod ihren Eigenthümer verloren haben; im Wesen der Erbschaft liegt vielmehr eine Beziehung auf die Einheit jener Menge von Sachen in der Person des Verstorbenen, welche wichtiger ist als die einzelnen Sachen selbst."

Somit ist wieder von vornherein die Einheit der Menge von Sachen, d. h. das Vermögen, als Substanz des Erbthums gesetzt; es ist in der Weise von Gans unterschieden zwischen den einzelnen Sachen und ihrer Einheit, welche eben den Begriff der Totalität des Vermögens bildet. Aber das Vermögen ist hier, trotz des halben Ankämpfens dagegen, welches in jenen Worten schon unterläuft, von vornherein als Begriff und Object der Erbschaft gesetzt, und auf diesem Boden können selbst gute Blicke nur unfruchtbar bleiben. Das Persönliche und Sachliche der Erbschaft kämpfen daher bei Huschke einen beständigen, sich abmarternden und in den Worten hin- und herwogenden Kampf.

Zu einer Einheit können diese Widersprüche nicht kommen, außer wiederum im Worte, in dem sich widersprechenden Wortcompositum „vermögensrechtliche Persönlichkeit" (s. oben S. 13 fg.). Es ist die ewige Manier des Verstandes, die außer Hegel schon Humboldt mit so schöner Ironie geschildert hat (Kosmos, I, 17): „Aus unvollständigen Beobachtungen und noch unvollständigern Inductionen entstehen irrige Ansichten von dem Wesen der Naturkräfte, Ansichten, die, durch bedeutsame Sprachformen gleichsam verkörpert und erstarrt, sich wie ein Gemeingut der Phantasie durch alle Klassen einer Nation verbreiten." Wie bei den Naturphänomenen, ist es auch bei den Phänomenen des Geistes, und die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" ist eine solche „bedeutsame Sprachform", welche sich durch die ganze Klasse der Juristen verbreitet hat, ein Gemeingut der juristischen Phantasie geworden ist! Der alte ehrliche Hugo Grotius sagte uns oben (S. 11) noch kurz und gut: Heres *personam* defuncti *in bonis* refert. Damit waren doch die Person des Todten und die Güter noch als andere gegeneinander stehen geblieben, und es trat hier schon in den Worten deutlich genug heraus, daß trotz jenes personam referre das Persönliche untergegangen, und das Vermögen die Substanz der Erbschaft geworden war, wie wir das in Nr. I ausführlich nachgewiesen. Aber eben das, obwol es nicht in der Sache geändert wird, soll jetzt in den Worten vermieden werden. Die Ahnung dieses Untergegangenseins des Persönlichen im Vermögen, trotz aller Versicherung, daß es noch da sei, das theoretische Bedürfniß nach einer Einheit des Widersprechenden, dessen Widerspruch sich der Verstand doch wieder nicht verbergen kann, erzeugt den buhlenden Ausdruck „vermögensrechtliche Persönlichkeit", um durch diese Wortzusammenkoppelung des Widersprechenden den Schein zu erregen, als ob beides geeint, und das Persönliche noch im Vermögen erhalten sei.

Diese „bedeutsame Sprachform" der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit" ist vor allem der Standpunkt Huschke's; er kehrt bei ihm auf jeder Zeile wieder, er hat ihn am meisten zu den andern Autoren verbreitet; er hat ihn mit einer Reihe ähnlicher „bedeutsamen Sprachformen" umgeben, er kennt ein „Vermögensleben" des scheidenden Testators (das. S. 276), wobei also wahrscheinlich nicht das Vermögen das Todte und die Materie ist, von der der Testator gelebt hat, sondern in irgendeiner Weise mit im Leben lebendig ist. Er definirt die familia als die „Vermögensfreiheit", wobei also nicht die Freiheit die Freiheit und das Vermögen der Gegensatz davon, das Unfreie, Sachliche ist, sondern in irgendwelcher Weise selbst an der Freiheit theil hat u. s. w. „Denn immer, wo Begriffe fehlen, da stellt ein Wort u. s. w."

Sehen wir also, was auf diesem Standpunkte der Wortberauschung geleistet werden kann.

Da Huschke, wie die bereits citirten Sätze zeigen, von vornherein in „der Einheit der Menge von Sachen", also im Vermögen den Begriff der Erbschaft sieht, so kann, sagten wir, auch jede gute Bemerkung auf diesem Boden nur unfruchtbar bleiben und muß selbst wieder in substantiellen Irrthum umschlagen. Dies zeigt sich sofort.

Es wird gleich nach den vorher citirten Worten die gute Bemerkung gemacht, daß hereditas „nach seiner Ableitung von herus so viel als Herrnschaft bedeutet, sodaß also der Erbe nicht sowol in die Sachen als in die Herrnschaft, die der Verstorbene über seine Sachen hatte, eintritt" (das. S. 272). Aber mit dieser etymologischen Annäherung an den Begriff ist derselbe ebenso wieder gänzlich verfehlt, denn es wird mit dieser Herrnschaft nicht die absolute Herrnschaft des Todten oder seine geistige Willenssubjectivität, sondern seine Herrnschaft über „seine Sachen", die „vermögensrechtliche Persönlichkeit" gemeint, und es wird uns daher auch sofort (s. Note 24 das.) gesagt, daß es sich ebenso, wie mit der hereditas, mit der — gerade den specifischen Unterschied zu dieser darstellenden — prätorischen bonorum possessio verhalte, weil beide eine successio in universum jus defuncti bilden, ein Princip, welches in der That auch noch mit der Nachfolge in das Vermögen als einer einheitlichen Totalität verträglich und deshalb auch der bon. poss. und der Erbschaft gemeinsam ist, oder vielmehr richtiger ein Princip, welches bei der Civilerbschaft eine nothwendige, natürliche und lebendige Folge des speculativen Begriffs der fortexistirenden Willenssubjectivität, im prätorischen Recht aber nur der Schatten ist, welchen der Erbthumsbegriff des Civilrechts noch auf den von ihm abweichenden und gegen ihn reagirenden Standpunkt des Vermögens wirft, und daher, wie es hier nur als solcher Schatten entstanden, nur aus dem diesen Schatten werfenden jus civile zu begreifen ist. Dieses durch die Erbschaft übergehende universum jus wird daher unmittelbar darauf erklärt als des Todten „Vermögensfähigkeit als Realität gefaßt", wobei die Erbschaft trotz alles Zwangs der Worte und des Bestrebens, das Unvereinbare zu einen, zu einer bloßen Sache geworden ist, und nun kann es daher nicht mehr wundernehmen, wenn dieser erste Theil der Untersuchung (S. 275) mit dem Eingeständniß schließt, es sei die hereditas „von der lebenden Person nur darin verschieden, daß sie die vermögensrechtliche Person von der wirklichen getrennt darstellt und als solche eine Sache bildet." Trotz aller Beiworte, die ihre Hauptworte, und aller Hauptworte, die ihre Beiworte verneinen, wird also zuletzt doch realiter in das Eingeständniß ausgebrochen, daß, was durch die Erbschaft übertragen werde, eine Sache sei, und Huschke hebt dies noch deutlicher hervor, indem er hinzufügt, bei Lebzeiten falle die Erbschaft noch mit der persönlichen Freiheit zusammen und werde dadurch gehindert, als Sache sich darzustellen, „mit dem Tode hört dieses Hinderniß auf und das Vermögen zeigt sich als eine sächliche universitas". Abgesehen von dem wiederholten Eingeständniß, wie kann das Vermögen, ohne ein Hexenmeister zu sein, sich als etwas anderes zeigen, als es ist? Wie soll es sich als eine „sächliche universitas" zeigen können? Das Vermögen ist eine Menge einzelner Stücke, und kann sich daher auch nur so zeigen. Die universitas oder vielmehr der Schein der universitas, der in ihm entsteht, wird lediglich dadurch erzeugt, daß das Lebendige, nämlich die Willenssubjectivität, statt „das Hinderniß" für die sächliche universitas zu sein, vielmehr ein noch weiter Lebendiges, im Erben

als fortdauernd Gesetztes ist und durch seine ideelle Einheit, der jene Vielheit von Stücken unterworfen ist, in dieser den bloßen Schein einer universitas hervorbringt, wie im Leben. Bei keinem Volk „zeigt sich das Vermögen als eine sächliche universitas", weil es nichts ist als eine Menge einzelner zusammenhangloser Sachen. Bei den Römern zeigt es sich auch nicht als solches, sondern nur durch die fortbestehende Willenssubjectivität wird es in der Einheit ihrer Herrschaft zusammengehalten und hierdurch dieser Schein erregt, sodaß die universitas auch bei ihnen nicht auf seiten des „Sächlichen" liegt und diesem zukommt, und nie würden die Römer bei der bonorum possessio eine universitas im Erbschaftsvermögen haben annehmen können, wenn dies nicht bei ihnen der ebenso natürliche als nothwendige Widerschein und die Fortwirkung ihres speculativen civilistischen Erbthumsbegriffs noch in der prätorischen Reaction des Vermögensstandpunktes gegen denselben gewesen wäre (vgl. oben S. 401—404).

Huschke concludirt nun, daß man (S. 276) „die Vererbung geradezu als eine vermögensrechtliche Fortpflanzung der Familie (!!) bezeichnen könne", und gelangt so zu seinem Resultat, zum Unterschied der zwei Seiten, des persönlichen und des vermögensrechtlichen Daseins im Individuum, von denen aber merkwürdigerweise auch die letztere ebenso „lebendig" sein soll, wie das von ihr unterschiedene Persönliche. „Da aber das vermögensrechtliche Dasein nicht weniger lebendig ist als das persönliche, so ist auch die Vererbung nicht anders denkbar als so, daß in demselben Moment dieses vermögensrechtliche Dasein als solches gleich einem Samen sich trennt u. s. w." Wie das von dem persönlichen als unterschieden und getrennt gesetzte vermögensrechtliche Dasein desselben dennoch gleichfalls ein lebendiges bleiben soll, ebenso gut wie das persönliche, wird stets ein unbegreifliches Geheimniß bleiben, das natürlich von Huschke ebenso wenig begriffen wird, sondern an dem er sich in beständigem Sagen, Versichern und Herumwenden dieses Unmöglichen in den mühsamsten Wendungen rastlos zermartert, und an dessen Stelle er immer wieder ein Unlebendiges, Todtes, einen bloßen Sachencomplex in der Hand behält. Das Interesse dieser Anstrengung ist ebendies, daß in Huschke der Widerspruch seiner eigenen Auffassung, der Widerspruch der persönlich-lebendigen und der vermögenssachlichen Auffassung des Erbthums, zu einem innern unklaren Gären und Ringen gekommen ist und sich in endlosen Bemühungen erschöpft, sich über sich selbst hinwegzusetzen. Huschke arbeitet sich daher (S. 276—279) jetzt ebenso resultatlos ab, den Unterschied von familia und hereditas festzusetzen. Statt zu sehen, daß beide eben nur den Begriff der Willensherrschaft haben und die familia, insofern auch Personen in sie einbegriffen sind, nur dieselbe Willensidentität als nebeneinander existirende darstellt, welche die hereditas als nacheinander setzt (siehe oben S. 315, Note 1), daß also beide nur denselben Begriff verwirklichen, die familia im Raum, die hereditas in der Zeit, wird die hereditas als jene Seite des Verhältnisses bestimmt, welche „etwas Unlebendiges ist" (S. 276), wogegen sich die familia also als das Lebendige des Verhältnisses bestimmt. Da beide so einen Unterschied haben sollen, der nicht stattfindet, können sie ihn nicht festhalten, und müssen vielmehr den Unterschied verletzen, der wirklich zwischen ihnen stattfindet. Es wird daher (S. 277) auch die familia als eine „vermögensrechtliche familia" näher bestimmt — was bei ihr noch deutlicher unrichtig, da ja auch die Kinder in die familia, aber nicht in das Vermögensrecht fallen —, es wird immer vorausgesetzt (S. 278), daß der Erbe „in

die familia des Erblassers eintritt", während wir bereits beim Testament per aes et libram als hauptsächlich gesehen haben, daß er nicht in die familia des Erblassers eintritt oder aufgenommen wird, sondern diese in sich aufnimmt, und nun wird der Unterschied beider dahin festgestellt: „was vom Erblasser als familia hinterlassen wird, ist nach der Seite des Erben hin hereditas", und nochmals hinzugefügt: „da nun die Möglichkeit der Zustimmung des Erben, ja des Erwerbs überhaupt immer voraussetzt, daß der Erblasser schon gestorben sei (wir haben im Gegentheil gesehen, daß dem Wesen der Sache nach, wie in der alten civilistischen Testamentsform nur heraustritt, s. Nr. VIII, ursprünglich eine Hauptsache die ist, daß die Identification zwischen zwei lebenden Willen vor sich geht, daß die Zustimmung also schon bei Lebzeiten gegeben sei, solange jene Willenssubjectivität noch existirt), so muß die familia für ihn nothwendig sich als hereditas gestalten." Abgesehen von der in der Parenthese berührten Unwahrheit der Sache, zumal für die ältere Zeit, wo jedes Moment der inhaltlichen Idee auch noch drastisch in der Form gesetzt ist, geben diese Sätze einen sehr guten logischen Sinn. Aber keinen andern als eben den alten, daß, was der Erblasser als familia, d. h. nach Huschke als Gegenstand jener lebendigen Vermögensfreiheit hinterläßt, für den Erben eben nicht mehr ein solches Lebendige, sondern eine todte Sachengesammtheit, eine bloße Gegenständlichkeit sei. Dies ist es auch, was Huschke von Anfang an gesagt hat. Aber da Huschke's Bedeutung eben darin besteht, bei diesem Satze, in den er immer aufs neue zurückfällt, sich selbst nicht beruhigen zu können, werden wir gleich sehen, wie er ihn bald wieder leugnen wird, um ihn sofort wieder zu setzen. Zuerst wiederholt er denselben Gedanken, den wir oben in jenen Worten constatirten, nochmals sehr deutlich: „familia und hereditas sind also dieselbe Sache, und sind es auch nicht, je nachdem man die Sache ansieht. Sie sind dasselbe dem Objecte nach, sie sind verschieden der Richtung nach." Man kann nicht deutlicher sprechen. Das Objective, Gegenständliche im Vermögen und in der Erbschaft ist dasselbe, die Sachen. Aber die Richtung, in der sie genommen werden, ist verschieden. Für den Erblasser selbst sollen sie zu seiner „Vermögensfreiheit" gehören, und für ihn und in ihm also eine lebendige Seite haben; für den Erben dagegen eine „unlebendige" todte Gegenständlichkeit darstellen. Huschke wiederholt das daher noch schärfer als bisher nochmals: „Das Object ist die Vermögensfreiheit des Erblassers; aber gleichwie die Gegenwart zugleich als die Vergangenheit beschließend und die Zukunft beginnend betrachtet werden muß, wie sie von der Zukunft nur als ein ihr zugeneigtes Moment betrachtet werden kann, dann aber doch ganz, d. h. auch mit ihrem der Vergangenheit zugewandten Momente in sie übergeht, und so dennoch ein lebendiger Uebergang der Vergangenheit in die Zukunft stattfindet, so wird auch die vom Erblasser als familia hinterlassene Vermögensfreiheit vom Erben als hereditas begriffen." Und nachdem er so auf das nachdrücklichste und häufigste festgestellt, was gar keiner solchen Anstrengung bedurfte und ganz selbstredend ist, daß diese Sachengesammtheit, die in Wahrheit auch für den Erblasser niemals eine lebendige Bedeutung in sich hatte, jedenfalls für den Erben, zum Unterschiede von der Lebendigkeit der familia, nur als hereditas, als bloße Sachengesammtheit begriffen wird, fährt er unmittelbar, also ohne jede weitere Vermittelung und Begründung fort: „indem er sie aber als solche (als hereditas) ergreift, hat er sie zugleich als familia."

Als wessen familia? Als familia des Todten? Das wäre die reine Hexerei! Wie kann der Erbe, für den, wie Huschke so ausdrücklich explicirt hat, jene familia

nur wenn der Erblasser schon gestorben, nur als hereditas da sein soll, er, für den sich „die familia des Erblassers nothwendig als hereditas gestalten muß", er, dessen Stellung zu den Sachen von Huschke genau und unterscheidend dahin bestimmt wird, daß er, was „vom Erblasser als familia hinterlassen" wird, seinerseits „als hereditas begreift", — wie kann er dadurch, daß er sie als solche hereditas im Unterschiede von der familia ergreift, sie als familia in der Hand haben? Dies ist Zauberei!

Huschke fährt fort: „Somit ist also auch hereditas nichts Unlebendiges" — aber zwei Seiten vorher (S. 276) hatten wir direct gehört, daß diese gerade „etwas Unlebendiges" im Unterschied von der familia sei —, „sondern nur die unlebendigere, nach einer Wiederbelebung (sie ist also vorläufig todt) sich sehnende Seite dessen, was zugleich hinter sich (aber somit eben hinter sich, somit auch hier nach Huschke selbst als todt und vergangen) die lebendigere der familia hat."

Die Erbschaft, die als das Unlebendige des Vermögens im Gegensatz zu dem Lebendigen der familia bestimmt war, soll jetzt also aufhören — obgleich kein Mensch begreifen kann wie so, und Huschke nicht den geringsten Grund dafür angibt — das Unlebendige zu sein. Aber sie soll auch wieder nicht aufhören, soll nicht ein lebendiges, wie die familia sein. Sie wird daher zu einem „Unlebendigern", wobei jedes Princip für das Quantitative dieses angeblichen Unterschiedes aufgegeben ist. Der Jurist wird in der Verlegenheit zum Poeten und leiht dem todten Vermögen das „Sehnen" nach einer „Wiederbelebung". Aber wenn sich die hereditas nach „Wiederbelebung sehnt", so ist ja auch hierdurch eingestanden, daß sie einstweilen nicht lebendig ist, sondern Sache geworden, todtes Vermögen. Wenn es todt ist und wiederbelebt werden muß, so ist ja das Belebende nicht die familia des alten Herrn, sondern es kommt nur zum Leben in einem andern, neuen Herrn, zu einem „Vermögensleben", wie sich Huschke deshalb auch S. 276 ausdrückt, — und so zeigt sich denn hier, daß Huschke, wenn er vorher den Erben das Vermögen, das er als hereditas ergreift, als familia in der Hand haben läßt, mit dieser familia nur die eigene Vermögensfreiheit des neuen Herrn meinen kann, — und das ist freilich ganz klar, daß, wenn man sich einmal auf solche wirre, begriffswidrige Vorstellungen einlassen will, man sagen kann, daß jedes Vermögen in seinem Herrn Lebendigkeit habe. Aber somit ist, was der Todte hinterlassen hat, erst recht als todte Sache gesetzt, die nur wieder einmal an dem Leben eines andern Herrn theilnimmt, was mit der familia des Erblassers nichts zu thun hat, diese todt läßt und gar nicht das Verhältniß der Sachen als Erbschaft, sondern höchstens als Eigenthum betrifft. Und darum fährt Huschke fort: „Und dieses sagt auch der Ausdruck hereditas, welcher, genau genommen, die den Herrn erwartende Vermögensfreiheit bezeichnet, also auf die Zukunft hinzielt." Der Ausdruck hereditas besagt nun zwar nicht das Geringste von „Erwartung". Aber abgesehen davon, wenn dies das Resultat sein sollte, daß die hereditas gegenwärtig unlebendiges Vermögen, todter Sachencomplex ist und später wieder einmal von einem Lebendigen, von einem Herrn besessen und zusammengerüttelt werden wird, — um zu diesem trockenen Satze und diesem das Vermögen nach wie vor zur Substanz machenden Resultat zu gelangen, dazu bedurfte es dieses ungeheuern Anlaufs nicht, denn davon wurde von Anfang an ausgegangen. Und damit, daß der Verstand, wie dies seine Weise ist, das denkend nicht Begriffene durch unklare Bilder, sich in sich selbst widersprechende Vorstellungen und die Vereinigung unmöglich zu vereinigender Worte sich gewaltsam

plausibel machen will, hat er dies nur in seiner Illusion erreicht; in der Sache ist er nicht von der Stelle gekommen, hat sich nur noch tiefer und gründlicher in Widersprüche verstrickt. So sich selbst aufhebende Worte, wie „Vermögensleben" u. s. w. — denn nur das Leben ist Leben und das Vermögen ist das Todte — können wol in den Mund, nie in den Geist genommen werden. Und könnten sie dies selbst, so würde sich immer nur dabei das Vermögen als die Substanz dieses angeblichen Lebens und Verhältnisses, es würde sich jenes „Vermögensroulement" ergeben, welches wir schon oben (S. 12—17) als den wahren Inhalt dieser Ansicht nachgewiesen haben und das nach ihr die als Fiction gewußte Fiction eines Subjects in den Dienst seines Functionirens genommen hat, eine Fiction, die hier Huschke selbst sogar noch als bloße Fiction fahren läßt. Denn wenn die hereditas ihre Wiederbelebung erst von dem neuen Herrn erwartet, so ist es nicht wahr und als nicht wahr eingestanden, daß mit der hereditas selbst etwas Lebendiges und Persönliches, ein ideales Subject hinterlassen und auf den Erben übergegangen sei. Dies ideale Subject ist jetzt als bloße Fiction eingestanden, und gerade, indem sie näher zu begründen versucht wurde, als unwahr aufgegeben. Wenn also Huschke jetzt die hereditas als die „ihren Herrn erwartende Vermögensfreiheit" definirt, so heißt dies, nach diesen Worten selbst, wie nach allem Vorigen, in reines Deutsch übersetzt, nichts anderes als: das Vermögen erwartet den Herrn, die hereditas ist ein „den Herrn erwartendes Vermögen", — und freilich stimmt dies auch genau überein mit alledem, was Huschke uns vorher darüber gesagt hat, daß die hereditas „etwas Unlebendiges" sei und daß die vom Erblasser als familia hinterlassene „Vermögensfreiheit" für den Erben als hereditas, bloßes Vermögen, sich darstelle, sodaß die derselben dann doch wieder zugesprochene, aber „unlebendigere" Art von Lebendigkeit sich jetzt nur als diese in das Vermögen hineingetragene poetische „Erwartung eines Herrn" herausstellt, eine Erwartung, womit erstens das Vermögen als solches der Begriff des Erbthums geblieben ist, zweitens dem Vermögen eine Thätigkeit geliehen wird, die es unmöglich haben kann; denn während die familia des Erblassers todt hinter ihm liegt, ist das Vermögen ein Sachliches, das nichts erwartet, noch erwarten kann, und dem es sehr gleichgültig ist, einen Herrn zu haben oder nicht. Drittens aber ist es noch schlimmer, als wenn Huschke gesagt hätte: die hereditas sei ein den Herrn erwartendes Vermögen, denn indem er sie in der sich zermarternden Anstrengung, in den bloßen Worten das Lebendige zu gewinnen, das ihm in der Sache entgeht, als die „den Herrn erwartende Vermögensfreiheit" definirt, verfällt er wieder in jene unabläßige contradictio in adjecto, die den Aufsatz von einem Ende zum andern charakterisirt. Denn Freiheit ist vielmehr dies: keinen Herrn zu erwarten, sondern selber der Herr zu sein. Frei sein und Herr sein ist ganz identisch, und nirgends tritt diese Identität strenger und deutlicher heraus als im römischen Erbthum.

So gleicht dieser Aufsatz dem beständigen Versuche eines Menschen, fliegen zu wollen ohne Flügel, einem Aufschwunge, bei dem er immer schwerer auf die Füße wieder zurückfallen muß. Es ist der rastlose Anprall des Verstandes gegen die Eisenstäbe seines Käfigs, ein Anprall, bei dem er aber nur ein rasselndes Geräusch erregt und diese Eisenstäbe nicht zu erschüttern vermag.

Aus dieser von ihm in den Worten versicherten, in der Sache aber in ihr strictes Gegentheil untergegangenen „persönlichen Natur der Vererbung" folgert Huschke nun (S. 279), daß, wie man ein Thier nur ganz oder gar nicht fangen oder freilassen, eine Ehe nicht theilweise abschließen kann u. s. w., so auch

die Erbschaft — als familia genommen — nur ganz oder gar nicht vererbt werden könne. Aber auch bei diesem äußerlich dem Richtigen sich annähernden Satze kann, weil er eben nur in den Worten gewonnen worden, in der Sache aber das Gegentheil einer „persönlichen Natur der Vererbung" sich herausgestellt hat, von Huschke nicht stehen geblieben werden. Er muß ihn vielmehr sofort wieder als unwahr aufzeigen, muß selber aufzeigen, daß nach seiner Auffassung des Erbbegriffs auch hier re vera das Gegentheil eintreten muß. „Aber, wie verträgt es sich hiermit", fährt Huschke S. 279 fort, „daß doch die hereditas eine theilbare Sache ist, daß mehrere, jeder auf einen Theil, zu Erben eingesetzt werden können?" Und er antwortet: „Auch hier müssen wir wieder jene beiden Seiten ins Auge fassen. Insofern die Erbschaft dem Erben zugekehrt ist, ist sie Sache und ebenso theilbar, wie jedes Eigenthum an einer beweglichen Sache." Aber der Begriff der Erbschaft ist ja immer dies: einem Erben zugekehrt, auf einen Erben bezogen zu sein! Eine Erbschaft, die dies nicht wäre, wäre gar nicht Erbschaft mehr, weil diese Beziehung eben der Begriff des Verhältnisses selbst ist. Aber Huschke sieht selbst, daß dies „eigentlich" der Fall ist, und fährt, selber die Consequenz hiervon ziehend, fort: „Da sie nun aber nach dieser Seite hin eigentlich den Namen hereditas führt, so müssen wir die hereditas geradezu ein theilbares Recht nennen!!" Ist ein größerer Irrthum denkbar? Weil das zur hereditas etwa gehörige und ihr ganz äußerliche Vermögen (vgl. oben Nr. XXXII) theilbar ist, wird für Huschke hier die hereditas selbst, die hereditas als Recht, das, was nach ihm selbst „eigentlich" allein Erbschaft ist, theilbar! Die hereditas ist, wie wir in der bez. Nummer sahen, ein stets und absolut untheilbares Recht, und nur das ihr gleichgültige, ihrem Begriff überhaupt äußerliche, nur zufällig mit ihr verknüpfte Accessorium, welches in der Zeit des echten jus civile sogar in Gegensatz zur hereditas tritt, ist theilbar. Dieses ist theilbar, wie jede Quantität, während die hereditas, wie alles Begriffliche und Qualitative, untheilbar ist. Huschke aber muß, weil er thatsächlich den Begriff der Erbschaft im Vermögen sieht, auch ausdrücklich eingestehen, daß hiernach die hereditas selbst, die hereditas als Recht, „geradezu ein theilbares Recht" geworden sei, und muß so selbst dem widersprechen, was er soeben über ihre Untheilbarkeit den Worten nach, aber im Widerspruch mit dem thatsächlichen Inhalt seines Begriffs vom Erbthum, gesagt hat. Huschke fährt fort: „Sofern sie (die hereditas) dagegen dem Verstorbenen zugekehrt ist, ist sie eine Person, und darum untheilbar." Was ist denn das aber überhaupt für eine Unterscheidung: die Erbschaft, insofern sie dem Erben zugekehrt, auf ihn bezogen, und insofern sie dem Verstorbenen zugekehrt ist! Was würden die Juristen wol, und zwar mit Recht, gegen einen Philosophen sagen — ein wirklicher wird es freilich nicht thun —, der diese sonderbarste aller Unterscheidungen aufstellen wollte! Insofern eine Erbschaft nicht dem Erben zugekehrt ist, ist sie ja überhaupt nicht Erbschaft. Ein Subject, oder eine familia, das nicht auf einen Erben bezogen ist, sondern blos als auf sich selbst bezogen gedacht wird, ist gar nicht Erblasser, sondern ein lebendiges Subject. Ein Vermögen, das nicht auf einen Erben bezogen, ihm zugekehrt ist, ist nicht Erbschaft, sondern Eigenthum und Vermögen überhaupt!

Diese rasende Verstandesanstrengung, dieses entsetzliche Wortgeringe langt also wieder, auf den Tod erschöpft, bei dem Resultat an: Insofern etwas nicht Erbschaft sei, insofern es lebendiges Subject und Eigenthum eines solchen sei — sei es lebendig, persönlich und untheilbar, was freilich nie von irgendjemand über-

sehen worden ist: insofern dieses selbe aber „einem Erben zugekehrt" sei, das heißt, insofern überhaupt von Erbthum allein die Rede sein kann, insofern „eigentlich" hereditas vorhanden ist, sei sie ein Unlebendiges, Todtes und Theilbares. Der Verstand sucht umsonst über seinen eigenen Schatten zu springen. Dieser springt immer mit, und jeder neue Anlauf langt daher nothwendig immer wieder auf dem alten Vermögensstandpunkt an.

Aus der Untheilbarkeit der Erbschaft, in wahrer, begrifflicher Weise aufgefaßt, würde sich sofort die Regel nemo pro parte etc. ergeben. Denn wenn es die Willenssubjectivität ist, die sich durch den Identificationsproceß des Erbthums perpetuirt, und das Erbthum nichts mit dem Vermögen und „Vermögensleben" zu thun hat, so ist es klar, daß diese ideale Untheilbarkeit des Ichs sich nur in bestimmter Weise übertragen kann, weil jede Bestimmtheit die andere Bestimmtheit ausschließt, und wer sich selbst identificirt, und erklärt: mein Wille ist = A, nicht noch von dem Intestatsystem mit Andern identificirt werden kann, ohne diesen Willen, der ja gerade im Erbthum erhalten werden soll, zu negiren. Die scheinbare Ausnahme des nicht eingesetzten suus, der nur deshalb mit Testamentserben theilen kann, weil er stets selbstgesetzter Wille des Testators ist (S. 334 fg.), bestätigt dies gerade ganz entscheidend. Allein freilich wird sich diese Regel aus der von Huschke in den Worten versicherten, in der That aber mit seiner Argumentation im strictesten Widerspruch stehenden Untheilbarkeit der Erbschaft nicht ergeben können. Denn was würde hindern, zu sagen: Insofern ein Erblasser Erben einsetzt, ist er ja „den Erben zugekehrt", und schafft also jenes „geradezu theilbare Recht der hereditas", das er somit theilen, nach Testamentsrecht wie Intestatrecht sich übertragen lassen kann? Huschke sieht daher selbst ein, daß er jene Regel noch keineswegs erklärt hat, und fährt deshalb fort (S. 281): „Allein hiermit ist doch die Möglichkeit noch nicht ausgeschlossen, daß ebenso, wie man mehrere Erben im Testament einsetzen kann, man auch die eine Hälfte durch Testament, andere dagegen durch das Gesetz sich vererben lassen könne."

Er schlägt daher (S. 282) den an sich ganz richtigen Weg ein, das Wesen der Intestaterbfolge und die Verschiedenheit ihrer Principien von der testamentarischen untersuchen zu wollen. „In dieser Beziehung", sagt er, „fällt in die Augen, daß die Testamentserbfolge auf dem Princip der Freiheit, die Intestaterbfolge auf dem Princip der Nothwendigkeit beruht, jene daher eine ethische, diese eine physische Grundlage hat."

Dies ist also von vornherein wieder der alte Dualismus der bisherigen Ansichten über Testament und Intestaterbfolge. Es ist wieder das allgemein herrschende Gerede von dem Intestaterbrecht als einem physischen oder Familienprincip im Gegensatz zu dem Freiheitsprincip des Testaments, welches in seiner consequentesten Auffassung zu seinem Kern eben die Gans'sche, von diesem auch in denselben Worten bekannte und nur in geistreicherer Weise durchgeführte Ansicht über beide Erbsysteme als den Gegensatz des Princips der „Freiheit" und der „Nothwendigkeit" hat. Dies Gerede ist das für das römische Erbrecht grundsätzlich falsche. Solange nicht begriffen wird, daß in Rom das Intestaterbrecht gleichfalls nur dasselbe ethische Willensprincip ist, daß es gleichfalls nur den subjectiven Willen des Erblassers zu seiner Quelle und zum Inhalt hat, solange ist von einer Erkenntniß des Intestaterbrechts nicht die Rede und der Weg dazu überall grundsätzlich versperrt. Freilich ist aber auch dieses Verfehlen des Intestaterbrechts nur eine Folge davon, daß der Begriff des Erbthums überhaupt verfehlt worden ist. Denn hat man dieses erst als die subjective Willensunsterblichkeit begriffen,

so folgt dann freilich von selbst, daß auch das Intestaterbrecht, da es doch Erbthum überhaupt erzeugen soll, immer nur von dem subjectiven Willen selbst ausgehen und daher nur die Bedeutung eines bei fehlendem Sichselbstsetzen vorausgesetzten Inhalts desselben haben kann.

Durch diese ganz falsche Basis, von der Huschke auch hier ausgeht, macht er sich also jedes wahrhafte Resultat seiner Vergleichung der Intestatdelation mit der testamentarischen von vornherein unmöglich, und langt daher, nach einer Reihe von ebenso mühsamen und sich selbst aufhebenden Wendungen, die aufs neue speciell zu betrachten der Raum nicht erlaubt, bei dem Resultat an (S. 296): „Was für eine Verschiedenheit bleibt uns nun also noch zwischen der testamentarischen und der gesetzlichen Erbesernennung? Offenbar nur die, daß jene vom Testator, diese vom Gesetz ausgeht." Das ist freilich das äußerliche, sinnliche Factum, bei welchem anzulangen es gar keiner Untersuchung bedurft hätte, und welches den seit Menschengedenken ganz cursiven Irrthum über die Natur des römischen Intestatrechts bildet, die vielmehr darin besteht, ebenso sehr vom subjectiven Willen des Testators auszugehen, wie das Testament. Huschke fährt fort: „Diese (Verschiedenheit) ist aber auch von der größten Wichtigkeit, wie sich sogleich zeigen wird, wenn wir jetzt zum dritten oben hervorgehobenen Punkte, der Untersuchung des Verhältnisses dieser beiden Berufungsarten zur Natur der Erbschaft, übergehen." Huschke kehrt also jetzt zu dem Punkte, bei welchem er bei der Betrachtung der Erbschaft überhaupt stehen geblieben ist, zurück, und zwar mit folgenden Worten: „Wir sahen oben, daß der eigentliche Gegenstand, zu welchem ein Erbe berufen wird, die familia, d. h. die vermögensrechtliche Person des Erblassers, und daß sie als solche untheilbar sei." Durchaus unwahr! Kein Wort davon haben wir „oben" gesehen, sondern nur das stricteste Gegentheil! Denn wir hörten ja „oben" vielmehr, daß, „insofern die Erbschaft dem Erben zugekehrt ist", sie „Sache und theilbar", ein „geradezu theilbares Recht" sei. Der „eigentliche Gegenstand", zu welchem ein Erbe berufen wird, ist doch aber dies, was „ihm zugekehrt ist". Und auch Huschke selbst hatte oben deshalb eingestanden, daß diese dem „Erben zugekehrte" Seite das sei, was „eigentlich" die hereditas bilde, also den „eigentlichen Gegenstand, zu dem der Erbe berufen" sei. Nur „sofern sie dagegen dem Verstorbenen zugekehrt ist", hieß es oben, nur insofern sie also nicht das, oder mindestens doch nicht „eigentlich" das ist, wozu der Erbe berufen ist, sei sie Person und untheilbar! — Weil der Verstand, unfähig, eine Lösung in der Sache hervorzubringen, sich schließlich nach aller Qual immer damit zufrieden stellen muß, sich in Worten zu berauschen und zu beruhigen, und sich in den Worten zu versichern, daß er erlangt habe, wovon er in der Sache das reine, unversöhnte Gegentheil in den Händen hat, so muß — denn irgendwo muß doch über den Graben gesprungen sein — Huschke hier versichern, daß er „oben" das Gegentheil von dem gezeigt habe, was er nicht nur der Sache nach, sondern sogar mit ausdrücklichen Worten gezeigt und auf das stärkste hervorgehoben hat. Aber auch bei diesem Sprunge springt immer die Vermögensauffassung des Erbthums mit Huschke mit. Huschke versichert gerade bei diesem Sprunge aufs neue: die familia sei die „vermögensrechtliche Person" des Erblassers, und als solche untheilbar. Wenn es aber das Vermögensrechtliche in der Person ist, welche der „eigentliche Gegenstand", das Wesen der Erbschaft ist, so muß sie vielmehr nothwendig theilbar sein; denn alles Vermögensrechtliche ist, weil ein Materielles, auch ein Quantitatives und somit Theilbares, nur das Ideelle ist untheilbar. Und dies ändert sich nicht, mit welchem Schein des Per-

sönlichen man auch in den Worten das Vermögensrechtliche bekleide. Selbst noch der eigene Leichnam des Todten, so sehr hier dem Materiellen noch der Schein der Person anklebt, wäre seiner Natur nach theilbar. Es tritt immer das schon oben (S. 15 fg.) Nachgewiesene ein, daß bei der geistvollen Verknüpfung solcher Gegensätze, wie „vermögensrechtliche Persönlichkeit", das Vermögensrechtliche die Persönlichkeit verschlungen hat. Für wen überhaupt, der sich nicht mit bloßen Worten, mit „bedeutsamen Sprachformen", wie Humboldt ironisch sagt, bezahlt, kann ein Unterschied sein zwischen „vermögensrechtlicher Person" und „persönlichem Vermögensrecht"? Nur um sich sein eigenes, ihm ahnend aufdämmerndes Fiasco zu verstecken, braucht die Verstandesreflexion statt des einfachen und gesunden Ausdrucks: „persönliches Vermögensrecht", den in Wahrheit doch nur dasselbe besagenden, gequälten und widerspruchsvollen Ausdruck, die „bedeutsame Sprachform", einer „vermögensrechtlichen Person". Die „vermögensrechtliche Person" ist, wie alles, was einmal in die Sphäre des Vermögens und somit der Materie gesetzt ist, durchaus nicht persönlich und untheilbar, und das zeigt gerade am besten das römische Erbrecht selbst, indem es zwei und mehr Erben zu ernennen gestattet und so das Vermögensrechtliche in der Person beliebig theilen läßt.

Weil dies alles sich so verhält, kann es aber nicht genügen, daß dies die wahre Consequenz von Huschke's Lehre gegen Huschke's Worte sei, sondern Huschke, gerade weil er es ernster nimmt als andere, wie durch Fatalität dazu bestimmt, das Schicksal des Verstandes mit seltener Normalität an sich zu vollziehen, wird uns auch selbst sehr bald sagen müssen, daß es sich so verhält. — Er hatte soeben gesagt, man habe „oben" gesehen, daß der „eigentliche Gegenstand, zu welchem der Erbe berufen wird", die familia sei. Nun hatte man zwar „oben" nicht das Geringste hiervon, sondern das directe Gegentheil gesehen, daß das, wozu „eigentlich" der Erbe berufen oder was ihm zugekehrt sei, eine sachliche und theilbare hereditas sei. Weil Huschke aber, sagten wir, auch bei diesem Sprunge immer fortfährt, die familia als eine „vermögensrechtliche Persönlichkeit" aufzufassen, nützt ihm der Sprung nicht einmal, und er wird uns sofort wieder das Gegentheil von dem sagen, was er hier versichert, oben gesagt zu haben. Zunächst fährt er unmittelbar so fort: „Wenn nun jemand sich selbst einen Erben ernennt, so ist es wiederum diese Person, welche diesen Act vornimmt. Also (?!) fallen in dem Act der Erbesernennung Subject und Object in eins zusammen (was nach Huschke durchaus nicht wahr ist), die familia will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst, und hiermit ist der Grund unserer Regel gefunden." Wer sollte bei diesem äußern Anklang der Worte an das wirkliche begriffliche Verhältniß nicht glauben, daß Huschke, obwol dieser Satz nicht bei ihm begründet, obwol nach dem Frühern nur das Gegentheil davon wahr ist, hier nahe daran sei, und sei es auch nur infolge einer Intuition, in das Heiligthum des Begriffs einzudringen? Noch nicht zwar in den Grund der Regel nemo pro parte etc., wie er selbst glaubt, aber doch mindestens in den Begriff des Erbthums überhaupt? Behüte! Da Huschke unter der „familia", die sich übertragen will, immer nur die vermögensrechtliche Person versteht, ist es nur ein Klingen und Anklingen der Worte; in der Sache ist er hundert Meilen weit davon entfernt und legt das sofort in einer erklärenden Anmerkung zu diesen Worten treulich an den Tag. „Wenn nämlich auch", erklärt Huschke diese Worte, „der Vererbende und das Vererbte im Object zusammenfällt, so ist doch dieser Gegenstand ein anderer als vererbendes Subject und als vererbtes

Object (!!!), gleichwie auch das Bewußtsein, als von sich gesetztes, schon ein anderes ist, als das Bewußtsein an sich. Nun ist aber familia, wie gezeigt, der Ausdruck für die Vermögensfreiheit, insofern sie dem Erblasser zugekehrt ist und mit ihm zusammenfällt, folglich die Vermögensfreiheit, insofern sie sich vererbt, aber nicht, insofern sie von sich vererbt wird"!!! Der Wortwirrwarr des Verstandes erreicht hier seinen Gipfel. Die babylonische Sprachverwirrung ist Harmonie dagegen. Der Widerspruch begnügt sich hier nicht, einige Zeilen hintereinander aufzutreten; wüthend geworden, stellt er sich sich selbst gegenüber und schneidet sich Gesichter! Was ist das für eine Vermögensfreiheit oder sonst ein Ding, welches ein anderes ist, insofern es sich selbst vererbt oder insofern es von sich selbst vererbt wird?! Da die ganze Tretmühlenarbeit des Verstandes, weil ihm der Gedanke unfaßbar bleibt, von vornherein genöthigt ist, nur ein sprachliches Geräusch hervorzubringen, sich nur in Worten, in „bedeutsamen Sprachformen" berauschen und mit Worten illusorisch in Ruhe einwiegen zu können, so bricht Huschke hier ernstlich in das Geheimniß der ihn treibenden Methode durch und meint, der Unterschied müsse darin liegen, ob er, Huschke, denselben Act, denselben Inhalt in der Activ- oder Passivform des Verbums ausspreche!

Aber diese Grimasse, zu der sich der Verstand verzerren muß in dem Schmerze, sich dem ihn hin- und herreißenden Widerspruche nicht entwinden zu können, ist noch nicht alles! Im Text hatte uns Huschke versichert, daß, weil jemand sich selbst einen Erben ernannt, Subject und Object in diesem Act in eins zusammenfallen, die familia sich dem Erben übertragen wolle. Aber weil familia den Begriff des Vermögensrechtlichen für ihn hat, muß er uns in der Anmerkung gestehen, daß davon kein Wort wahr ist, daß familia nur das dem Erblasser Zugekehrte und mit ihm Zusammenfallende sei, daß daher trotz des Zusammenfallens von Subject und Object, von dem der Text spricht, doch dieser Gegenstand „ein anderer als vererbendes Subject und als vererbtes Object" bleibt, daß sie also wieder nicht zusammenfallen und andere gegeneinander sind. Woher kommt dieser Widerspruch? Er erhellt sich bei schärferer Betrachtung der Worte der Anmerkung: „Wenn nämlich auch der Vererbende und das Vererbte im Object zusammenfällt, so ist doch u. s. w." Also nur im Object, d. h. im Vermögen, nicht als Selbstobject der Handlung, läßt Huschke den Vererbenden und das Vererbte zusammenfallen. Es ist wieder die alte Weisheit, daß das Vermögen vererbt wird, wonach freilich Vererbendes und Vererbtes, Person und Vermögen, andere gegeneinander bleiben. Es war also wieder nur Schein, wenn es im Text hieß: „die familia will sich dem Erben übertragen, sie vererbt sich selbst". Es ist mit dem „sich selbst" nicht gemeint, die familia vererbt sich selbst als ideale Fähigkeit, sondern sie vererbt ihren Gegenstand, das Vermögen. Hiermit, meint Huschke, sei der Grund der Regel nemo pro parte etc. gefunden: „denn wenn Testator und Erbschaft sich indifferenziren (wir hörten aber soeben in der Anmerkung, daß sie vielmehr fortfahren, sich zu differenziren), so folgt, daß auf dieselbe Weise, wie die Erbschaft objectiv untheilbar ist, auch der subjective, mit ihr zusammenfallende Wille untheilbar, mithin jede Concurrenz eines andern Willens mit sich ausschließend sei, und daß also u. s. w." Huschke schließt in diesen Worten seinen Beweis mit der grandiosesten Umkehrung seines Beweisthemas, die denkbar ist. Bisher handelte es sich darum, zu beweisen, daß die Erbschaft objectiv untheilbar sei, wovon wir von Huschke selbst immer das Gegentheil gehört haben. Daß der subjective Wille untheilbar sei, das würde jeder Mensch Huschken von so einem idealen Dinge, wie

der subjective Wille ist, aufs bloße Wort geglaubt haben! Weil jede Sache doch ein Ende haben muß, nimmt Huschke den Anschein, als habe er bisher schon bewiesen, daß die Erbschaft objectiv untheilbar sei, wovon er uns nie etwas als das Gegentheil sagte, und als habe er nur zu beweisen, daß der subjective Wille untheilbar sei, was freilich kein Mensch je bestritten hat.

Huschke gewinnt aber nicht einmal etwas mit dieser totalen Verwechselung des Beweisthemas; denn da bei ihm „das Vererbende und das Vererbte zwar im Object zusammenfällt", aber doch „ein anderer als vererbendes Subject und als vererbtes Object" gegeneinander bleibt (wie Person und Vermögen natürlich immer gegeneinander bleiben müssen), warum sollte der untheilbar vererbende Wille das „vererbte Object", das ja „ein anderes" gegen ihn ist und bleibt, nicht theilweise nach Testamentsrecht und theilweise nach Intestatrecht übertragen wollen können? Er würde hierdurch eine Theilung nicht in sich, sondern nur in dies Object, das, als ein anderes als er, dieser Theilung fähig ist, hineinbringen. Oder mit andern Worten: warum sollte der testirende Wille nicht selbst die gesetzliche Erbfolge für einen Theil wollen können? Huschke antwortet: deshalb nicht, weil der Wille, als untheilbar, „mithin jede Concurrenz eines andern Willens mit sich ausschließend sei". Und hierin ist nach ihm „der Grund unserer Regel gefunden".

Aber dieser Grund ist höchst irrig! Es ist nicht wahr, daß der Wille im Testament „jede Concurrenz eines andern Willens mit sich ausschließend" sein müsse, und wenn das Intestaterbrecht wirklich, wie Huschke freilich glauben muß, ein anderer Wille als der des Testirenden wäre, so würde die Regel nemo pro parte etc. gerade nie haben entstehen können! Es ist leicht, beides zu zeigen.

Nichts hindert den Testator, seinen Intestaterben einzusetzen. Freilich fällt dann der Reflex gar nicht darauf, daß dieser auch Intestaterbe wäre, und er hat ihn in einen testamentarischen verwandelt. Nichts hindert aber auch den Testator, ohne namentliche Bezeichnung des Erben zu bestimmen: mein Intestaterbe sei mir Erbe. Diese Einsetzung ist gültig, denn von einer incerta persona kann dabei nicht die Rede sein (vgl. S. 244 fg.). Freilich würde hier noch keine Theilung eintreten. Aber der Testator kann ebenso gut sagen: mein Intestaterbe und Paul Peter seien mir Erben. Man wird sagen, daß immerhin der Intestaterbe, indem er eingesetzt sei, in einen testamentarischen verwandelt worden sei. Richtig. Aber verwandelt oder nicht — eine „Concurrenz eines andern Willens" (wenn das Intestaterbrecht, wie Huschke glaubt, ein solches wäre), eine Concurrenz des Intestatgesetzes mit dem testamentarischen Willen hat hier jedenfalls stattgefunden. Der Intestaterbe ist hier nicht blos eingesetzt, weil er nach dem Intestatgesetz Erbe sein würde — was einen gleichgültigen Grund darstellen würde —, sondern der ist eingesetzt, der nach dem Willen des Intestatgesetzes Erbe sein würde, ohne namentliche Bezeichnung, und so ist die Concurrenz dieses intestatgesetzlichen Willens vom testirenden Willen selbst gesetzt; es ist gerade der Reflex gesetzt auf den intestatgesetzlichen Willen und den, den dieser wollen wird. Es ist also nicht wahr, daß der testirende Wille seiner Natur nach nothwendig „jede Concurrenz eines andern Willens mit sich ausschließend sei". — Wir haben aber auch gesagt: wäre das Intestatgesetz, wie Huschke meint, ein anderer Wille gegen den Willen des Testators, so würde gerade dann die Regel nemo pro parte etc. nicht haben entstehen können und unwahr sein. Es ist ebenso leicht, dies zu zeigen. In der That, nach unserer Entwickelung des In-

testaterbrechts ist dasselbe ja nicht ein anderer Wille als der Testator, sondern wiederum der eigene (vorausgesetzte) Wille desselben. Und wir zeigten bei dieser Entwickelung bereits, wie die Regel nemo pro parte etc. gerade nur daraus folge, weil das Intestaterbrecht der eigene Wille des Testators sei. Gerade nur, weil beides der eigene Wille des Testators ist, schließt das Sichsetzen desselben in der einen Form, in der Form ausdrücklicher Bestimmtheit, das Sichsetzen desselben als eine andere Bestimmtheit aus. Wer sich selbst nicht bestimmt, ist noch unbestimmt, und kann bestimmt werden. Wer sich aber selbst bestimmt, sich als A bestimmt, der kann, wenn von Selbstbestimmung die Rede sein soll, nicht behandelt werden, als habe er sich selbst als Nicht-A bestimmt.

Folglich wurzelt die Regel nemo pro parte etc. immer nur darin, daß beides, testamentarisches wie Intestaterbrecht, die eigene, ausdrückliche oder vorausgesetzte Selbstbestimmung der erblasserischen Willenssubjectivität ist. Wäre das Intestatrecht aber ein „anderer Wille", als der des Testirenden, so könnte die Regel nicht gelten. Dies zeigt auf das deutlichste das Notherbenrecht. Hier tritt das Gesetz als ein anderer Wille gegen den Testator, hier tritt es als Gesetz auf — und sofort zeigt sich, daß dann kein Grund vorhanden ist, die Concurrenz dieses „andern" Willens mit dem Testirenden auszuschließen. Die Regel nemo pro parte etc. bleibt unter Justinian bestehen, aber das hindert nicht, daß, wenn der Testator den Notherben weniger als das Pflichttheil hinterlassen hat, dieses ergänzt wird und das Testament dennoch ruhig bestehen bleibt (s. oben sub Nr. X). Und freilich muß das eintreten; denn wenn erst das Gesetz qua Gesetz, wenn es als ein anderer Wille zwingend gegen den Testator auftritt, wie dies beim Notherbenrecht der Fall (welches daher gar nicht mehr genau als Intestatgesetz im römischen Sinne zu bezeichnen ist, denn dies ist nur ein solches, welches eintritt, wenn der Testator nicht verfügt hat, wenn er in-testatus moritur; nicht ein gegen sein Testament eintretendes Recht), so muß dann dieses zwingende und qua Gesetz verfügende Gesetz um der Normalität willen, die es dem individuellen Willen zur Pflicht macht, auch als dem abweichenden individuellen Willen rechtlich einwohnend gedacht werden.

Weil Huschke also nach keiner Seite hin in die Bedeutung des Grundsatzes nemo pro parte etc. eingebrochen ist, und diejenige, die er dafür nimmt, eine ganz unwahre und contradictorische ist, muß er fortfahren, mit Recht drückten sich die römischen Juristen gerade so aus: „es sei unmöglich, daß jemand zum Theil testatus, zum Theil intestatus sterbe, nicht aber: daß er zum Theil durch Testament, zum Theil durch Gesetz beerbt versterbe. Der erstere Ausdruck nämlich, das rein Negative, daß mit einem Testament nicht zugleich eine Delation, die nicht dieses Testament sei, nach Theilen concurriren könne, trifft damit den eigentlichen Grund der Regel, die Ausschließlichkeit und Untheilbarkeit der testamentarischen Succession, wogegen die andere andeuten würde, daß in der Art des testamentarischen oder gesetzlichen Willens etwas Widersprechendes liege, was nicht der Fall ist. Cicero's oben angeführte Fassung der Regel (nämlich de invent., 2, 21: „Nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius *lege* heres esset), die dieses Misverständniß begünstigt, ist ebendeshalb tadelnswerth." So muß Huschke dazu kommen, gerade das Beste, Richtigste und Aufklärendste, was, wie wir früher zeigten (S. 220 fg.), uns über diesen Grundsatz gesagt worden ist, tadeln und als ein Misverständniß hinstellen zu müssen! Wir sahen a. a. O., daß gerade nur aus diesen Worten Cicero's sich erklärt, warum das Erbewerden des präterirten suus neben dem testamentarischen

Erben die Regel nemo pro parte etc. nicht verletze, weil nämlich der suus doch immer nicht durch Gesetz Erbe wird, sondern die indifferente Mitte des Testaments- und Intestatrechts darstellt. Wir zeigten daselbst, wie das ganze Verständniß dieser Regel, wie des Intestaterbrechts überhaupt, davon abhängt, zu begreifen, daß der Gegensatz, den die Regel ausdrückt, der Gegensatz des eigenen Setzens und des, in Ermangelung eines solchen, durch Gesetz eintretenden Voraussetzens sei, und daß nur deshalb der suus, weil er ja immer eine vom Testator selbst gesetzte, nicht blos durch Gesetz eingesetzte Willensidentität mit ihm sei, daher von vornherein diesem Gegensatze entzogen sein könne und müsse. Huschke findet diesen tief in das Wesen des Intestaterbrechts führenden Ausspruch Cicero's falsch und tadelnswerth; er findet es falsch, die Regel so aufzufassen, daß der Testator nicht „zum Theil durch Testament, zum Theil durch Gesetz beerbt versterben" könne, weil hierdurch angedeutet sein würde, „daß in der Art des testamentarischen oder gesetzlichen Willens etwas Widersprechendes liege, was nicht der Fall ist". Freilich würde das dadurch angedeutet sein, und freilich ist dies auch, wie von uns nachgewiesen, durchaus und allein der Fall und gibt allein die Bedeutung und logische Nothwendigkeit der Regel. Worin sollte denn sonst noch der Widerspruch liegen, wenn nicht „in der Art des testamentarischen oder gesetzlichen Willens"? Im Subject dieses Willens liegt er nicht; dies ist bei beiden dasselbe: der Testator. In dem Object oder der Substanz (Inhalt) des Willens liegt er nicht; dies ist bei beiden dasselbe: Erbthum; nur in der Art des Willens, ob er sich durch ausdrückliches Sichselbstsetzen oder durch subsidiarisches gesetzliches Voraussetzen continuirt, — nur darin liegt der Widerspruch, von dem die Regel spricht.

Huschke bekundet also gerade durch diese Explication auf das deutlichste, wie unendlich weit er davon ist, trotz aller Sprünge, und abgesehen von allen Versicherungen, das bewiesen zu haben, wovon er das Gegentheil bewiesen hat, auch nur im allerentferntesten den wahren Sinn der Regel errathen zu haben. Die ganze Wortjägerei des Verstandes hat zu gar nichts geführt und konnte von vornherein zu gar nichts führen, weil sie den Vermögensbegriff als Begriff des Erbthums, trotz aller Anstrengung, dies in den Worten herunterzuwürgen, immer mitnahm, und dies natürlich jede weitere Erkenntniß des concreten Stoffes nothwendig versperren mußte. Und nur, weil doch alles sein Ende haben muß, nimmt dieser rastlose Widerspruch hier die Miene einer herbeigeführten ruhigen Lösung an!

Huschke fährt fort: eine „Probe für die Richtigkeit seiner Deduction" sei sofort der Satz, „daß nicht blos die Erbfolge ab intestato, sondern auch die Erbfolge aus einem andern Testament mit der testamentarischen Erbfolge unverträglich sein muß". Wenn dieser Satz wirklich eine Probe für die Richtigkeit von Huschke's Ansicht ist, so wird die Probe traurig ausfallen! Denn soweit der Satz richtig ist, beruht er einfach auf dem ganz andern Grunde, daß durch das spätere Testament das frühere nothwendig aufgehoben ist, und folglich überhaupt nicht zwei Testamente, sondern nur eins, vorliegen. Tritt dies Aufgehobensein nicht ein, so tritt auch die Unzulässigkeit der Erbfolge aus zwei Testamenten nicht ein. Und zum Beweise dieses Satzes wollen wir uns nicht auf die L. 1, §. 6, de bon. poss. sec. tab. (37, 11) berufen, durch die Huschke in der Anmerkung sich selbst widerlegt („Sed etsi in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit et utrumque extet: *ex utroque* quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est et supremum utrumque accipiemus"); denn was Ulpian in dieser Stelle sagt, handelt nur von der bo-

norum possessio, nicht von der Civilerbschaft, die Huschke freilich in seiner ganzen Untersuchung, eben weil er den Erbschaftsbegriff des jus civile gänzlich verfehlt, als ein mit der bonorum possessio Gleichstehendes behandelt, während beide nur durch ihren Unterschied richtig erfaßt werden können. Aber diese Stelle widerlegt Huschke's Ansicht auch noch in zwei Hinsichten. Sie zeigt gegen ihn, daß, wäre die Civilerbschaft das, wofür Huschke sie hält, nämlich die Uebertragung der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit", die Erbfolge aus mehrern Testamenten einander nicht ausschließen würde, insofern die Testamente gleichzeitig vollzogen sind und daher kein späteres vorliegt, durch welches der individuelle Wille selbst sein früheres Product wieder aufgehoben hat. Die bonorum possessio ist wirklich in gewisser Weise diese Uebertragung der „vermögensrechtlichen Persönlichkeit", wofür Huschke die civile hereditas hält. Denn ihr Standpunkt und ihre Substanz ist eben, zum Unterschiede von der Willensperpetuirung des Civilerbrechts, der Vermögenserwerb (siehe Nr. V), und indem der Geist des Civilrechts noch seinen Widerschein und Schatten über die durch Billigkeit und jus gentium hervorgebrachte gegensätzliche prätorische Abweichung wirft, entsteht hier genau, was hiernach entstehen muß: nicht mehr die Uebertragung des Willens, sondern der Widerschein und Schatten desselben im Vermögen und auf dem Vermögensstandpunkt oder „die vermögensrechtliche Persönlichkeit", ein Widerschein und Schatten, den unsere Juristen für einen aus sich selbst entstandenen selbständigen Körper und für das wahre Wesen des Erbrechts halten, der aber bei jeder Annäherung an ihn verschwinden muß und sich nur aus der leibhaftigen Gestalt, die diesen ihren Schatten auf das ihrer Persönlichkeit entgegengesetzte Element der Erde geworfen hat, erkennen läßt.

Was also Huschke, indem er dem Civilrecht nachläuft, wirklich in der Hand behält, ist so immer der Widerschein und Schatten des prätorischen oder justinianeischen Rechts. Beide stehen in dieser Hinsicht im Princip einander gleich; denn die prätorische bonorum possessio ist eben das Erbrecht in der Reaction und Absonderung vom civilistischen Erbrecht oder das Erbrecht als Vermögenserwerb, auf welches der Geist des neben ihm bestehenden jus civile als Widerschein fällt und es noch in seinem Abweichen gliedert und bestimmt (vgl. S. 402 fg. und S. 403 fg., Note 1). Das justinianeische Recht dagegen ist im Princip nur das dieses Nebeneinanderbestehen aufgehoben habende, an die Stelle dieses civilistischen Rechts getretene und somit selber civilistisch gewordene prätorische Recht; ein Recht, in welchem daher der Geist des jus civile, der im prätorischen Recht wegen des Nebeneinander beider sich als Widerschein bestimmt, hier, wegen des Gewesenseins des Civilrechts, nur noch als Schatten thätig ist. Da sich aber Widerschein und Schatten immer nur aus dem beurtheilen und erkennen lassen, aus welchem sie geworfen werden, so erkennt Huschke nothwendig auch diese nicht.

So zeigt Huschke ebendeshalb das Irrige seiner gesammten Auffassung des Civilerbrechts durch Bezugnahme auf diese Stelle dadurch auf, daß er bonorum possessio und Civilerbrecht dabei als ihrem Begriffe nach ganz identische Dinge behandelt. Bei dem Testament ex jure civili würde schon durch die Form desselben die Gleichzeitigkeit zweier Testamente, von der Ulpian hier beim prätorischen Testament spricht, ganz unmöglich sein.

Ebendeshalb ist aber Huschke nun noch nicht in Bezug auf das civilrechtliche Testament in seiner Behauptung widerlegt, daß „die Erbfolge aus einem andern Testament mit der testamentarischen Erbfolge unverträglich sein muß". Ja,

es scheint, daß sich hier diese Widerlegung gar nicht erbringen lassen wird, weil hier wegen der unmöglichen Gleichzeitigkeit der Testamente der individuelle Wille durch das zweite Testament immer das erste von selbst aufgehoben haben wird. Allein auch hier ist die Widerlegung zur Hand. Und zwar besteht sie in nichts anderm als in dem vorhin schon angezogenen Falle des übergegangenen und dem eingesetzten Erben zur Hälfte accrescirenden suus (s. oben Nr. XXV und XXVI). Der suus ist, wie wir sahen (siehe S. 335), selbst ein lebendiges Testament, weil er selbst durch das eigene und ausdrückliche Thun des Testators — durch die Zeugung — von ihm gesetzte Willensidentität mit ihm ist, und nur, weil er selbst ein lebendiges Testament ist, kann er mit dem Testamentarerben theilen. Zugleich ist der suus ein solches Testament, welches nicht stillschweigend durch ein anderes, sondern nur durch ausdrückliche Exheredation wieder aufgehoben werden kann. Ist dies nicht eingetreten, so kann, wie sich in diesem Falle zeigt, das lebendige Testament mit dem andern Testament sehr gut nebeneinander bestehen und sich vertragen.

Die Probe also, welche Huschke selbst für die Richtigkeit seiner Deduction vorschlug, ist nach allen Seiten hin höchst kläglich ausgefallen.

Aber Huschke ruht nicht! Es reicht ihm nicht hin, theils Dinge gesagt zu haben, die objectiv irrig sind, theils sich selbst innerlich widerlegt zu haben. Es treibt ihn rastlos, es auch wieder herauszusagen, daß er nichts gesagt, daß er sich nur in einem fort widersprochen habe. Und so sehen wir ihn denn, nachdem er lange schon scheinbar vollkommen beruhigt, „den Grund unserer Regel gefunden", S. 301 in das Geständniß ausbrechen: „An sich würde nämlich, wie auch oben bemerkt wurde, in der Freiheit, auf welcher die Testamentserbfolge beruht, kein Grund liegen, weshalb sie mit der nothwendigen Erbfolge nicht sollte concurriren können; umgekehrt müssen wir behaupten, daß der Erblasser zugleich die gesetzliche Erbfolge für einen Theil wollen könnte."

Ist es erhört! Oben, wenige Seiten vorher, erfuhren wir als den letzten und wahren Grund unserer Regel, daß der Wille, weil er untheilbar ist, „jede Concurrenz eines andern Willens mit sich ausschließend sei". Dort hatten wir das noch zu widerlegen und zu zeigen, daß nichts von alledem wahr und ihm überdies durch Huschke's Lehre beständig innerlich widersprochen sei. Hier zeigt Huschke, daß er unserer Widerlegung gar nicht bedurfte; daß er das selbst vollkommen einsieht! Jetzt gesteht er ein, es liege kein Grund vor, daß der testamentarische Wille und derjenige „der nothwendigen Erbfolge (die Intestaterbfolge, dasjenige, was nur ganz subsidiarisch eintritt, wenn es einem Individuum gefallen hat, nicht zu wollen, wird für Huschke, wie für die Autoren überhaupt, zur nothwendigen Erbfolge! Welche Logik!) nicht sollte concurriren können"! Jetzt aber muß Huschke „umgekehrt behaupten", daß eben die Unendlichkeit der Freiheit dahin führen würde, daß der Erblasser auch selbst die Intestaterbfolge pro parte wollen, den Willen derselben als einen concurrirenden in sich aufnehmen könne! D. h.: Huschke muß jetzt alles das sagen, wovon wir oben gegen seine Worte zeigten, daß er es von seinem Standpunkt aus nothwendig sagen müsse! Aber wo bleibt denn nun, wenn alles bisher Gesagte jetzt wieder umgeworfen ist, die Regel nemo pro parte etc. und ihr Grund bei Huschke? Aber Huschke fährt mit einem „Aber" fort, und wenn er ihn uns also auch bisjetzt nicht gesagt hat, jetzt wird er ihn uns sagen: „Aber", fährt Huschke fort, „diese Freiheit steht, wie wir jetzt sehen, noch unter einem Gesetze" (bisjetzt

haben wir ja eben nichts davon gesehen; das angebliche Gesetz ist ja soeben zurückgenommen worden! Aber das thut nichts; war das Gesetz auch bisjetzt nicht gesagt worden, so wird es uns doch in den jetzt folgenden Worten mitgetheilt): „indem der freie Wollende selbst das Object seines Wollens ist, und dieses Object nicht Product, sondern Voraussetzung seines freien Willens ist, fängt sich gleichsam die Freiheit in sich selbst, findet in sich selbst ihre Beschränkung, und in dieser Beschränkung durch sich selbst liegt der Grund unserer Regel!!"

Nicht die Freiheit fängt sich, sondern Huschke fängt sich! Die Wortjägerei des Verstandes fängt sich, fängt sich in einem Gewirr gebirgshoch sich thürmender Worte, in einem Satze, der, wenn er von einem Philosophen herrührte, allein hingereicht hätte, um bei den Juristen die Philosophie auf Jahre wegen nebulosester Unklarheit, Abstraction und Wortreiterei in Verruf zu bringen! Hinter diesem Wortgebirge, hinter dem der Verstand sich vor sich selbst versteckt hat, fühlt er sich endlich vor sich und andern sicher! Das „Nest von Widersprüchen", um mit Kant zu reden, in das sich der Verstand durch dieses Wortgeräusch geflüchtet hat, wollen wir nicht hier noch einmal entwirren! Es sind immer die alten, stets wiederkehrenden, an denen der Verstand würgt und würgt, bis ihm vor Anstrengung die Augen aus dem Kopfe treten, ohne sie doch hinunterwürgen zu können. Aber was wir noch zeigen müssen, ist, wie er bei jedem neuen Versuche, sich zu retten, sich in immer größern Widerspruch mit seinem Stoffe verwickelt. Der Grundsatz nemo pro parte etc. soll also, nach Huschke's Schlußerklärung, darin seinen Grund haben, daß die Freiheit des Testators in sich selbst eine „Beschränkung" findet! Aber es ist ja wie mit Händen zu greifen, daß der Grundsatz gar keine Beschränkung für den Testator und seine Freiheit darstellt! Worin sollte denn die Willensfreiheit des Testators durch ihn beschränkt sein? Der Testator kann ja ganz beliebig, wie er will, Testamentserben und Intestaterben bunt durcheinander würfeln und in jedem beliebigen Verhältniß einsetzen! Also nicht im geringsten für die testirende Freiheit, sondern nur die außerhalb des Testaments Stehenden und dasselbe Beurtheilenden enthält der Grundsatz eine Beschränkung! Mit andern Worten: der Grundsatz enthält nur eine Regel der logischen Interpretation des im Testament vorhandenen Willens und nicht im geringsten eine Beschränkung des testirenden Willens und seiner Freiheit!

Es ist die einfache Regel der logischen Interpretation, daß, wer schwarz sagt, nicht angesehen werden könne, als ob er weiß sage, wer testatus stirbt, nothwendig nicht intestatus stirbt, wer sagt: ich heiße von jetzt ab Paul, nicht gerufen werden könne: Peter!

Und um dieses einfachsten Satzes willen, der, sowie der römische Erbthumsbegriff erst verstanden ist, zur höchsten Trivialität herabsinkt — weshalb Papinian den Verstoß dagegen auch mit Recht absurd nennt —, diese rasenden, funfzig Seiten füllenden Anstrengungen Huschke's und ein so gänzlich gescheitertes Resultat!

Auf einer solchen Grundlage lassen sich natürlich dann auch keine wahrhaften Consequenzen gewinnen, und Huschke's weiteres Bestreben, die Wirkungen der Regel zu durchdringen, muß ebenso vergeblich bleiben, wie dasjenige, die Regel selbst zu gewinnen.

Nach wie vor laufen richtige Ahnungen und die höchsten Verkennungen auf jedem Punkte, sich untrennbar durchdringend, durcheinander; nach wie vor bleiben die Auflösungen der erbrechtlichen Sätze, die Huschke beleuchtet, bloße Schein- und Wortauflösungen, im günstigsten Falle in reiner Tautologie dasselbe wieder-

holend, was uns die römischen Juristen in den betreffenden Sätzen sagen, und ob dieser Tautologie den befriedigten Schein innerer begrifflicher Erkenntniß annehmend; nach wie vor vollzieht sich an Huschke das Schicksal des Verstandes, daß gerade, je richtiger die Ahnung ist, die in ihm arbeitet, desto größer und abgrundartiger der Irrthum ist, in den er fallen muß. Huschke (S. 306, 307), alles immer sehend, was mit dem Verstande gesehen werden kann, wirft zuerst und allein von allen Autoren den trefflichen Blick, daß das Intestaterbrecht nicht erst selbst den suus einsetze und berufe, noch berufen könne, sondern indem es sich ausdrückt: „cui suus heres nec escit", dadurch sein „durch Naturgesetz schon vorhandenes Erbrecht als ein solches erwähne und dadurch anerkenne" (vgl. oben Nr. XXI und XXVI und S. 334 fg.). Wer sollte nicht glauben, daß Huschke durch diese Bemerkung sich auf den besten Weg gebracht hat, in den Begriff des suus einzubrechen? Aber nein! Auch dieser richtige Blick, den er selbst wirft, bleibt bei ihm — gläsern! Kein geistiger Strahl der Erkenntniß der Suität entzündet sich aus ihm, und wir sahen bereits, wie Huschke trotzdem den Cicero tadelt, der durch seine Worte gerade dies nicht durch das Gesetz eingesetzte Wesen des suus so deutlich hervortreten läßt, und wie er den suus in seinem Wesen als ebenso testamentarischen wie Intestaterben, als die Einheit von beiden, die dann sowol das Verständniß des ganzen Intestatrechts, sowie die Bedeutung des Grundsatzes nemo pro parte etc. von selbst aufschließt, in keiner Weise begriffen hat. Aber nicht nur der Blick bleibt gläsern —, sondern jeder richtige geistige Inhalt, der auf die verschiebende Netzhaut des Verstandes geworfen wird, muß sich zum Ungeheuerlichen der Caricatur verzerren. Oder, wie wir soeben sagten, je richtiger die Ahnung ist, die in dem Verstande arbeitet, desto größer und abgrundartiger muß der Irrthum sein, in den er fällt. Und Huschke legt das wieder auf das schlagendste dar! Denn weil er den richtigen Verstandesblick wirft, daß das Zwölftafelgesetz durch jene negative Wortfassung den suus gar nicht selbst einsetzt, so faßt er nun — an derselben Stelle — das Wesen des suus also auf: „Daher beruht denn auch das Erbrecht der sui heredes als solches eigentlich auf gar keinem deferirenden Willen, nicht auf dem des Testators, wie sich von selbst versteht (!!), ebenso wenig aber auf dem des Gesetzes u. s. w." Alles hängt lediglich und allein davon ab, zu begreifen, wie so der Wille des Testators im suus als schon vorhanden und fortexistirend gesetzt ist, — Huschke kommt umgekehrt dazu, den suus als nicht auf dem Willen des Testators beruhend, einen römischen Erben ohne den Willen des Testators, ja, zu der noch größern Ungeheuerlichkeit, ein römisches Erbrecht, das auf gar keinem deferirenden Willen beruht, zu kennen! Und nochmals hebt Huschke in dem soeben abgebrochenen Satze dies auf das bestimmteste hervor: „... ebenso wenig aber auf dem des Gesetzes, welches, die Natur dieses Verhältnisses richtig auffassend, nur sagte: wenn jemand ohne Testament sterbe, der keinen suus heres habe, so sollte der nächste Agnat Erbe sein — also stillschweigend dieses Erbrecht als dem, welches auf einem Willen beruht, vorausgehend betrachtete". Das Zwölftafelgesetz läßt zwar den Satz vom testamentarischen Erbthum diesem Satze, welcher den suus erwähnt, unmittelbar vorhergehen, und zeigt so schon durch seine formelle Stellung, daß es das Erbrecht, welches, um mit Huschke zu reden, „auf einem Willen beruht", als dem suus „vorausgehend" betrachtet! Das Zwölftafelgesetz wiederholt dies zwar noch in dem Satze selbst, in welchem es den suus erwähnt, indem es ihn nur erwähnt — si intestatus moritur. Macht nichts! Für den Verstand wird umgekehrt dadurch das angeblich

auf keinem Willen beruhende Erbrecht des suus zu einem von dem Zwölftafelgesetz als dem, welches „auf einem Willen beruht", „vorausgehend" betrachteten. Sehen wir jetzt nach dieser nähern Betrachtung den zuerst von uns belobten Satz Huschke's, das Intestatgesetz könne bei dem suus „nur sein durch Naturgesetz schon vorhandenes Erbrecht als ein solches erwähnen und dadurch anerkennen", nochmals an, so sehen wir jetzt, wie schon hier neben und in dem Richtigen auch das ganz Falsche in untrennbarer Durchdringung vorhanden war. Denn jetzt hat sich uns nur erklärt, was Huschke unter dem „durch Naturgesetz" vorhandenen Erbrecht des suus gemeint hat, nämlich ein im Gegensatz zum Willen des Testators vorhandenes selbständiges Familienrecht, also ganz wieder das alte Gerede vom Intestaterbrecht, als einem Recht der natürlichen Familienverwandtschaft und der Naturnothwendigkeit; eine Auffassung, die bei Gans zu ihrer geistvollsten Verklärung gekommen, und die Huschke, wie wir schon früher sahen, trotz allem, was er gegen Gans sagen mag, im Grunde vollständig mit ihm theilt.

Da Huschke den Begriff der sui so vollständig verfehlt, so kann es natürlich auch nicht wundernehmen, daß er den Grund ihres erbrechtlichen Verhältnisses und ihrer Benennung in ganz derselben durchaus unwahren Weise erklärt, wie wir dies oben bei Gajus u. a. (Nr. XXI) gefunden haben. Huschke erklärt also (S. 306) die sui dadurch, sie seien vermöge ihrer Personeneinheit mit dem Erblasser „gewissermaßen schon bei seinen Lebzeiten in ihm Eigenthümer des Vermögens, und der Tod des Erblassers bewirkt nur, daß dieses ihr Recht (nämlich Eigenthümer des Vermögens zu sein), welches bis dahin noch in des Erblassers potestas oder manus verborgen lag, frei hervortritt". Also ganz wieder das alte, mit sich selbst und dem Rechtsfactum vollständig in Widerspruch stehende Gerede des Gajus von dem „quodammodo domini" des Vermögens sein, welches wir bereits oben (S. 188) ausreichend widerlegt und vielmehr als ein „nullo modo domini" nachgewiesen haben.

Aber warum muß denn Huschke den Begriff des suus verfehlen, warum kann ihm auch jene Bemerkung dazu keinen Weg bahnen? Nun, nothwendig wieder wegen der alten Vermögensauffassung der Erbschaft. Dies ist in dem eben citirten Satze schon sehr deutlich hervorgetreten und zeigt sich noch deutlicher in einem andern Satze. Er sagt (S. 305): „Wenn jemand Descendenten hinterläßt, welche durch seinen Tod in seiner familia *sui juris* werden, so sind diese nach der Natur der familia sui heredes, d. h. sie beerben in diesem Vermögen gleichsam sich selbst." Aber was hat denn das zum Erben seiner selbst werden des suus (s. oben S. 193) mit dem „in diesem Vermögen" zu thun? Der suus als Erbe wird *suus* heres oder Erbe seiner selbst, indem die ideale Willenssubjectivität, die ihm der Erblasser als Erben überträgt, auch bisher schon an sich die seinige war, er also jetzt nur zum Subject seiner selbst, seines bisherigen Selbst umgewandelt wird (während er, enterbt, zwar auch sui juris wird, aber als eine andere, neue Willenssubjectivität gegen den Erblasser, wie der emancipatus). Irgendetwas von diesem Verhältniß dämmert auch, wenn auch noch so sehr in täuschend ahnungsvoller Verschwommenheit, dem Verstande; das zeigt sich deutlich, indem er auf das „*sui juris* werden" Bezug nimmt. Huschke möchte gern durchbrechen dahinein, daß der suus als Erbe nur sich selber, sein eigenes Subjectsein, findet, und so bricht er denn durch in — das Vermögen und läßt den suus „in diesem Vermögen" gleichsam sich selber beerben! „Im Vermögen" freilich kann der suus sich und seine eigene Subjectivität nicht finden! Sonst werden wir nächstens noch zu hören bekommen,

daß die römische Subjectivität im Vermögen liegt und aus diesem vom Subject erworben wird! Und so treibt denn gerade auch jene leise, schwanke Ahnung den Verstand immer nur in das tapfere, gedoppelte und komische Fiasco, den suus, der grundsätzlich nie etwas haben konnte, zu Einem zu machen, der „gewissermaßen" seit je „Eigenthümer des Vermögens" ist, und ihn zu einem Erben zu machen, der nicht — sich selbst erbt, sondern, obgleich er gesund und munter und noch gar nicht gestorben ist, sich selbst „beerbt"!

So gehen denn auch bei der Suität dieselben ächzenden, stöhnenden, würgenden Wortabmarterungen fort, dasselbe sich Sichselbstgegenüberstellen und Sichgesichterschneiden der Widersprüche tritt ein, ganz wie oben bei der hereditas, nur daß es überflüssig wäre, dies noch einmal ganz in derselben Ausführlichkeit darzustellen.

Die höchste Beruhigung, zu der es diese Methode bringen kann, ist die rein tautologische Versicherung dessen, was uns die römischen Juristen in sinnlichen Ausdrücken und Fällen sagen, in andern, abstracter und allgemeiner klingenden Worten, wobei mit jedem Ansatz, in dieser Tautologie einen geistigen Grund zum Vorschein zu bringen, sofort aus der nichtssagenden Tautologie in den entschiedensten Irrthum verfallen werden muß. So will Huschke erklären, warum die präterirte Tochter und der präterirte Enkel, obwol sie sui sind, dennoch, wenn ein extraneus eingesetzt, nur zur Hälfte accresciren, wovon wir oben (Nr. XXV) die tiefe begriffliche Nothwendigkeit entwickelt haben. Huschke seinerseits begründet dies Resultat so (S. 310 fg.): Der Sohn gehöre wesentlich „zu der Dreieinheit, aus welcher die familia besteht", wie sich auch in den Namen pater, mater, filius familias zu erkennen gebe. Er erinnert an das indische Gesetz des Menu, IX, 45: „Der vollkommene Mann besteht aus sich selbst, seinem Weibe und seinem Sohne." „Weit vollständiger und tiefer aber" habe noch „das Römische Recht diese Naturwahrheit aufgefaßt und angewandt". — Unglücklicherweise ist der römische Geist und das Römische Recht dieser indischen Anschauung des Menschen als eines erst in der Familie zu seiner Vollständigkeit gelangenden Gliedes sehr fern! Der römische Geist schaut den Menschen vielmehr schlechterdings als Subject, als die Selbständigkeit der für sich seienden Willenssubjectivität, nicht als Familienperson in dem hier entwickelten Sinne an. Außer dem, daß dies dieser ganze Band beweist, genüge es, dafür anzurufen, daß, wie uns die römischen Juristen nicht umsonst berichten, der Sohn sofort dadurch, daß er sui juris wird, wenn er auch weder Weib noch Kind hat, schon *paterfamilias* ist! (Ulpian, L. 195, §. 2, de V. S. 50, 16.) Diese Fähigkeit des für sich seienden Willens, nicht der reale Inhalt, den sich derselbe gibt, ist es also, der den Römer zum paterfamilias macht. Huschke läßt vielmehr in jenem Satze von der „Dreieinheit, aus welcher die familia besteht", nur auf das deutlichste hervortreten, daß er, trotz alles Studiums des Römischen Rechts ein guter Germane, die (römische) familia und die (deutsche) Familie vollständig miteinander verwechselt. Dem Römer bedeutet familia — und solange man dies nicht erkennt, ist freilich gar kein Verständniß des römischen Erbrechts möglich — nicht Familie, nicht ein Verwandtschaftsverhältniß, sondern, wie wir früher gezeigt haben (vgl. S. 337 fg.), einfach die Willensherrschaft des Subjects und das ihr Unterworfene. Daher kommt auch familia ursprünglich von famulus, famulor, Diener, dienen, wie dies von selbst klar ist und wir dies außerdem von Festus bereits positiv bezeugt gesehen haben. Daher kommt, daß bei den Römern unter familia nicht blos Weib und Kind, sondern Sklave, Geld und Gut, kurz alles, wovon der

Wille das Subject ist, befaßt wird. Daher kommt es, daß es heißt: paterfamilias, materfamilias, filiusfamilias, filiafamilias, das erste als Subject dieser Willensherrschaft, die andern als die ihr Unterworfenen. Daher kommt es endlich, daß, worüber Huschke in der Anmerkung daselbst seine Verwunderung nicht ganz unterdrücken kann, die Zwölf Tafeln „familia schlechthin für eine einzelne Person" setzen können, z. B. agnatus *familiam* habeto, d. h. er habe des Todten Willensherrschaft. — So führt uns denn der Begriff, die Sprache und die positiven Zeugnisse gleichmäßig von der phantasievollen indischen Anschauung des Mein bei den Römern zu dem Begriff der selbständigen subjectiven Willensherrschaft und des ihr Dienenden hin, wobei es nun freilich mit der „Dreieinheit, aus welcher die familia besteht", nichts ist.

Huschke fährt fort: deshalb habe nun der filius „auch ebenso unmittelbaren und vollen Anspruch auf das Familienvermögen nach des Vaters Tode, wie dieser es bei seinen Lebzeiten hat". Soviel Zeilen, soviel schwerste Irrthümer! Erstens gibt es gar kein römisches Familienvermögen. Zweitens hat ja der suus überhaupt gar keinen Anspruch auf das Vermögen, sondern höchstens nur auf das Erbthum. Um nicht Erbe zu sein, muß er exheredirt werden. Hierin kann also ein gewisser Anspruch auf das Erbesein liegen. Aber abgesehen davon, daß der Vater dem suus als Erben vor der Falcidia das Vermögen durch Legate entziehen kann, kann er ihn ja auch auf Eintausendstel u. s. w. als Erbe einsetzen, und hiergegen hat der suus keinen Schutz. Also auch wenn er Erbe ist, wenn er in gewisser Weise darauf, Erbe zu sein, Anspruch hat, — auf das Vermögen hat der suus keinerlei Anspruch, auch nicht bei des Vaters Tode. Statt aber hieran zu sehen, daß Erbthum und Vermögen im Römischen Recht ganz auseinanderfällt, leiht Huschke dem suus kurz und gut einen „unmittelbaren und vollen Anspruch auf das Familienvermögen nach des Vaters Tode". Aber Huschke soll erklären, warum das nun nicht in gleichem Maße bei der Tochter und dem Enkel stattfindet, und fährt daher fort: „Sowol Tochter als Enkel dagegen gehören nicht absolut und vollständig zur familia (?!); die Tochter nicht, obgleich sie auch filiafamilias heißt" (mit der „Dreieinheit" ist es also nichts), „weil sie das Kindesverhältniß nicht vollkommen ursprünglich und eigenthümlich" (warum?), „sondern blos secundär als geschlechtlich-mindere Abzweigung des filiusfamilias in sich enthält" (aber warum enthält sie es denn in „geschlechtlich-minderer Abzweigung" in sich? Danach fragt man ja eben! Das Römische Recht macht ja sonst keinen Unterschied zwischen dem Erbrecht der filia und des filius), „und ebendeshalb nicht in dem Gattungsgliede (?) des Vaters als Kind, sondern vielmehr als *mater*familias in dem Hause ihres zukünftigen Ehemanns ihre wahre Bedeutung hat." Es ist stark und originell von Huschke, der Tochter zu bestreiten, daß sie ebenso gut „vollkommen ursprünglich und eigenthümlich" ein Kind ihres Vaters sein und also das „Kindesverhältniß in sich enthalten" könne, wie auch ein Sohn! Jedenfalls aber ist der von ihm angegebene Grund, die Tochter habe „nicht in dem Gattungsgliede des Vaters als Kind, sondern vielmehr als *mater*familias in dem Hause ihres zukünftigen Ehemanns ihre wahre Bedeutung", gerade das Gegentheil des richtigen Grundes. Es ist umgekehrt: als Kind stellt die Tochter das Kindesverhältniß ebenso vollkommen, ebenso ursprünglich und eigenthümlich dar wie der filius; als Kind füllt sie ihre Stellung ebenso gut aus wie der filius. Aber gerade als *mater*familias, in dem Hause ihres zukünftigen Ehemanns, füllt sie die „wahre Bedeutung" des Erben, die Rolle der Willenssubjectivität, nicht mehr aus. Denn sie steht nur

in der Gewalt des Vaters — darum ist sie, als Kind genommen, dasselbe, was der filius —, aber sie kann nicht in der Gewalt haben; also gerade als *mater*-familias ist sie mangelhaft und entspricht somit nur zur Hälfte dem Begriff, perpetuirende Fortexistenz der Willenssubjectivität zu sein.

Huschke, nachdem er den Grund bei der Tochter nicht erklärt hat, will nun den Enkel erklären, und fährt fort: „Der Enkel nicht" (d. h. gehöre nicht absolut und vollständig zur familia), „weil er gar nicht mehr eine von jenen drei Positionen, Vater, Mutter, Kind, in der Familie des Gewalthabers einnimmt — daher auch nicht neposfamilias —, sondern vielmehr zu der Dreieinheit seines Vaters als Sohn gehört und naturgemäß erst durch den Tod des Großvaters in der Familie seines Vaters als filiusfamilias seine wesentliche Gattungsbedeutung erhalten wird." Hier also muß die „Dreieinheit" herhalten, von der wir schon oben gesehen haben, daß es nichts mit ihr ist. Der Enkel also gehört nicht mehr zur „Dreieinheit der familia", ist nicht mehr „Kind". Aber, wenn dies der Fall, warum beerbt er, wenn sein Vater todt ist, den Großvater dennoch als suus? Und besonders, warum beerbt er ihn, als einziger Sohn eines todten suus, zu gleichen Theilen und also zu gleichem Recht mit einem andern noch lebenden filius? Es ist ein Glück, daß Huschke sich dies in diesem Augenblicke nicht einfallen zu lassen beliebt, sonst würden wir wieder zu hören bekommen, wie der Enkel, obwol er nicht Kind sei, dennoch Kind sei, und wie, obwol er keine von jenen drei Positionen einnehme, er dennoch eine von jenen drei Positionen einnehme, und wie, obwol er nach Huschke erst „durch den Tod des Großvaters seine Gattungsbedeutung erhalten" kann, er doch nicht erst durch den Tod des Großvaters seine Gattungsbedeutung erhält; d. h. die Widersprüche würden wieder anfangen, sich hin und her zu zerren und ihren tollen, wirbelnden Sanct-Veitstanz aufzuführen.

Durch diese Erklärungsmethode des Verstandes, wobei er die gute, derbe, sinnliche Erscheinung — den Bericht der römischen Juristen — nur mit triumphirender Miene in reflectirte, verallgemeinernde Ausdrücke übersetzt, durch diese Erklärungsmethode, die Molière schon so unsterblich charakterisirt hat, indem er den Baccalaureus auf die Frage, warum das Opium einschläfert, antworten läßt: „Quia ei vis inest quaedam dormitiva" — durch diese Erklärungsmethode ist natürlich nicht nur nicht das Geringste gewonnen, sondern das gesunde, sinnliche Factum nur noch verdorben, indem ihm diese verallgemeinernden Ausdrücke eine Beziehung auf ein Wesen gegeben, welches, wie wir gesehen haben, gar nicht das seinige ist.

Warum überhaupt das Intestatrecht dieser sui anders sein muß, als das ihrer testamentarischen Accrescenz, warum die filia und der nepos nach seines Vaters Tode sowol sind als nicht sind, was der filius, warum der Unterschied ihrer nur bei dem Eindringen in das Testament, nicht ab intestato zum Vorschein kommen kann, warum sie — worin besonders dies begriffliche Verhältniß erst in seiner Bestimmtheit hervortritt — als präterirte sui unter Umständen besser und schlechter daran sein müssen, denn als ab intestato berufene sui — eine wahrhafte Erklärung dieser Fragen, die wir sub Nr. XXV und XXVI zur Entwickelung gebracht, kann von dieser Methode auch nicht nur einmal versucht werden.

Wir könnten in derselben Weise wie bisher den Huschke'schen Aufsatz noch Zeile für Zeile bis an sein Ende begleiten; wir glauben aber, daß das Bisherige mehr als hinreicht. Unser Zweck, der über und über erfüllt sein muß, war, an dem musterhaften und glänzenden Beispiel dieses Aufsatzes einen Beitrag zur Physio-

logie des Verstandes zu liefern, der in der juristischen Materie ausschließlicher als irgendwo wüthet und von jeher — seit dem Untergange Roms — gewüthet hat; unser Zweck war nicht der, Huschke zu verunglimpfen oder zu verkleinern. Im Gegentheil! Wäre sein Verstand nicht der höchste, sein Scharfsinn nicht der begabteste und normalste — er würde sich gar nicht dazu geeignet haben, an seinem Beispiel diesen Sectionsproceß durchzuführen, und wir haben es schon früher ausgesprochen (S. 12, Note 1), daß dieser Aufsatz, so sehr er sich überall selbst vernichtet und überall in die radicalsten Irrthümer fällt, so wenig er auch — schon 1834 erschienen — in der spätern Literatur eine befruchtende Einwirkung hervorgebracht hat und hervorbringen konnte, uns dennoch als das Höchste erscheint, was bisher auf dem erbrechtlichen Gebiet geschrieben worden, und in gewisser Hinsicht selbst Gans überlegen ist. Denn auch Gans geht lediglich von dem empirisch verständigen Erbschaftsbegriff, von dem Vermögen als dem Begriff der Erbschaft aus, wie wir dies überall nachgewiesen haben, und bei ihm ist der Widerspruch desselben noch nicht einmal sich fühlbar und zur Marter geworden wie bei Huschke. — Die Auflösung dieses scheinbaren Widerspruchs in unserer Beurtheilung des Huschke'schen Aufsatzes ist sehr einfach. Es gibt drei Sorten von Verstand. Der eine ist der, der immer nur die eine Seite der Sache sieht — dies ist der beschränkte Verstand. Der andere Verstand ist derjenige, welcher entwickelt genug ist, um beide Seiten der Sache zu sehen, aber sie immer nur abwechselnd, nie gleichzeitig sieht. Dies ist der gebildete, entwickelte Verstand. Da er die beiden Seiten der Sache nur abwechselnd sieht, so fühlt er ihren Widerspruch nicht. Er lebt daher mit Gott und der Welt zufrieden, vor allem mit sich selbst, stellt jede Seite der Sache in einen besondern Winkel und vergißt jedesmal die eine ganz, wenn er die andere braucht und hervorholt. Der seltenste und höchste Verstand ist der, welcher gleichzeitig beide Seiten der Sache sieht, ebendeshalb aber auch ihren Widerspruch fühlt. Da er ihn fühlt, so bildet er seine Marter, und darum vollzieht sich gerade an diesem höchsten Verstande jenes Strafgericht; er will den Widerspruch der beiden Seiten gewaltsam ausgleichen, der ihn rastlos wie einen Ball sich in die Arme wirft, will, da er ihn in der Sache nicht versöhnen kann, ihn mindestens in den Worten verlöschen, und nun beginnt jene wilde Jagd der Worte, aus jeder noch so verwischten Fassung derselben schallt ihm aus der Tiefe seines Gewissens aufs neue das gelle Hohngelächter des einmal erkannten Widerspruchs entgegen, er kann ihn nicht zum Schweigen bringen, und mit allem Hin- und Herzerren hat er sich den Marterpfahl des Widerspruchs nur um so tiefer in den Leib gerannt, ist nur in einen um so tiefern Abgrund des Falschen und Widersprechenden hineingefallen, und wenn er zuletzt endlich athemlos, schweißtriefend, zitternd die tolle Jagd aufgeben muß, so ist es nur die Verzweiflung an der unmöglichen Aufgabe, die ihn bestimmt, endlich mit vor Resignation geschlossenen Augen bei einem Satze stehen zu bleiben, dem er selbst schon zwanzigmal widersprochen und dem er, wenn er noch weiter darüber fortführe, noch andere zwanzigmal widersprechen würde.

Zum Begriff, welcher keine zwei Seiten mehr hat, sondern für welchen dann die zwei Seiten des Verstandes eben nur sinnliche, täuschende, aus seiner innern Einheit herausgeschickte Reflexionsaußenseiten sind, vermag der Verstand auf dieser tollen Jagd nie durchzudringen! Je mehr er sich ihm zu nähern scheint, desto mehr entfernt er sich von ihm. Denn es geht nicht mit dem Begriff wie mit der Königskrone, die David fand, als er ausging, seines Vaters Esel zu suchen. Wer nicht vom Begriff ausgeht, wird ihn nicht finden!

Einerseits sieht man jetzt erst, mit welcher Nothwendigkeit die Savigny'sche Verstandesklarheit, dieses unaufhörlichen Widerspruchs müde, das Persönliche in der Erbschaft nun auch bewußt aufgab (s. oben S. 13—18). Andererseits ist aber die geschilderte Selbstfolterung das höchste Stadium, zu dem es der Verstand bringen kann, und nur der höchste Verstand kann in diese Qual verfallen. Es läßt sich deshalb mit einem ganz andern Recht, als dasjenige ist, mit welchem Huschke dem Vermögen das „Sehnen" nach Wiederbelebung zuschreibt, dieser Aufsatz als ein Sehnen des Verstandes nach dem Begriff charakterisiren!

Der Huschke'sche Aufsatz stellt insofern seinerseits einen der stärksten Beweise für die Wahrheit und Objectivität unserer Auffassung und Entwickelung des Erbrechts dar, und bekräftigt jetzt auf das entschiedenste das, was wir schon sub Nr. I über die Selbstauflösung in den bisherigen Ansichten über das Erbrecht nachgewiesen haben.

Nicht indeß zum Zweck dieses literar-historischen Beweises, den unsere Arbeit, die zu ihrem wahrhaften Beweis das gesammte Material des römischen Erbrechts hat, entbehren könnte, haben wir diese Physiologie des Verstandes geschrieben. Wir haben sie vielmehr geschrieben einzig um der Hoffnung willen, dadurch vielleicht mindestens den jüngern Juristen an dem Beispiel jenes scharfsinnigsten Mannes bis zur Evidenz klar zu machen, zu welcher nothwendigen Resultatlosigkeit sie ihr Streben verdammen, wenn sie sich nicht der Methode bemächtigen, die allein Erkenntniß hervorbringen kann.

XLI. Die religiöse Substanz und die pelasgisch-etruskische Vorzeit.

Schon im Anfang dieser Untersuchung, seitdem wir das Testament als die „römische Unsterblichkeit", als die Unsterblichkeit der Willenssubjectivität entwickelt, war bereits der religiös-metaphysische Grundcharakter des römischen Erbthums bloßgelegt, und von allen Seiten aus hatte uns die Untersuchung immer von selbst wieder darauf zurückgeführt und diese religiös-metaphysische Anschauung als die gestaltende und producirende Stelle des erbrechtlichen Stoffs erwiesen.

Allein noch haben wir nur diese religiöse Substanz in dem realisirten Ausdruck betrachtet, den sie sich im Recht gibt; noch haben wir sie nicht in ihrer eigensten und ursprünglichen Heimat aufgesucht, noch haben wir sie nicht als religiöse Substanz oder im Gebiete des Religiösen selbst betrachtet und nachgewiesen. — Dies ist es, was noch übrig bleibt. Wenn unsere Lehre richtig sein soll, so wird sich auch noch nachweisen lassen müssen, wie dasselbe, von dem wir gesehen haben, daß es im Erbrecht herausgesetzt und entwickelt ist, auch schon in der specifisch-römischen Religionssubstanz in embryonisch-zusammengefaltetem Zustand typisch vorhanden ist. Als die Grundlage dessen, was sich im Recht und zum Recht nur entwickelt, würde dieser Nachweis nach streng logischer Consequenz selbst formell den Ausgangspunkt unserer Untersuchungen haben bilden, und noch vor der Behandlung der sacra (Nr. II) seine Stelle haben finden müssen.

Allein das logische Interesse trat hier in zu großen Gegensatz mit der psychologischen Rücksicht auf den Leser, um dieser nicht aufgeopfert zu werden. Wer die Organisation des entwickelten Menschen kennt, mag bei scharfer Betrachtung sie im Embryo vorbildlich wiederfinden können. Niemals aber wird umgekehrt, ohne die Beziehung auf jene schon bekannte entwickelte Gestalt, das im Embryo Enthaltene verstanden zu werden vermögen. Diese Betrachtung also kann jetzt erst statthaben. Dazu aber, sie überhaupt vorzunehmen, drängt auch noch eine andere Erwägung.

Wir haben darauf ausgehend, das römische Erbrecht zu begreifen, die Geschichte des römischen Geistes geschrieben. Wir haben gesehen, was der römische Geist ist, das culturhistorische Princip der subjectiven Willensunsterblichkeit, das er darstellt und das ihn befähigt, der welthistorische Vorgänger der subjectiven Geistesunsterblichkeit, oder des Christenthums zu sein; wir haben gesehen, wie er mit diesem

Begriff von Haus aus auftritt, wie er sich vermöge der, in ihm selbst liegenden Keime und Bewegungsgesetze diesen seinen specifisch-römischen, oder, was dasselbe ist, civilistischen Begriff mehr und mehr in den geschilderten einzelnen Phasen seiner Bewegung abreiben, und in dieser fortlaufenden Entnationalisirungsarbeit endlich sich selbst zu jenem geistigen jus gentium, zu jenem allgemein-menschlichen und kosmopolitischen Residuum seines Processes entwickeln muß, in welchem er selbst, nach seiner historisch-geistigen Bestimmtheit, in sein strictes Gegentheil untergegangen, und so nur noch — aber auch so gerade — zu dem geeigneten Boden geworden ist, den christlichen Geist in sich aufzunehmen. Der römische Geist vollbringt also auch in seiner Bewegung nichts anderes als dies, sich auch realiter dahin fortzubewegen, als dessen Vorstufe er sich seinem eigenen Begriffe nach uns von Haus aus bestimmt hatte. Er vollbringt in seiner Geschichte und Bewegung nichts anderes, als dies, diesen logischen Zusammenhang seines Begriffs durch die eigene Dialektik desselben auch weltgeschichtlich zu erfüllen.

Allein für eine Geschichte des römischen Geistes reicht es noch nicht hin, seinen Inhalt, die Phasen und Stadien seiner Bewegung und sein Ende aufgezeigt zu haben. — Wie das Wohin desselben, wäre es auch noch erforderlich, sein Woher nachzuweisen. Um die ganze culturhistorische Rolle und Bedeutung des römischen Geistes zu überblicken — und dies allein heißt die Geschichte eines historischen Volksgeistes geben — wäre es auch noch erforderlich, die Anfänge desselben, oder das Woraus, aus welchem sich dieser bestimmte historische Geistesbegriff entwickelt hat, nachzuweisen. Als das Woraus seines Entstehens fallen diese Anfänge nicht mehr in die Zeit und Bewegung seines Entstandenseins oder in seine Geschichte. Dem entsprechend haben wir auch bereits früher (S. 330—334) die Nothwendigkeit erkannt, daß und warum die Idee des testamentarischen Erbthums nichts innerhalb der römischen Geschichte Entstandenes ist und sein kann, sondern die Physiognomie bildet, welche dieser bestimmte Geist sofort an sich trägt, als er auftritt. Gerade wie beim einzelnen Menschen selbst die Anfänge, aus denen er entstanden, nicht mehr in den Anfang seiner eigenen Bewegung — seines Lebens — hineinfallen, sondern diesem vorhergehen und nur in dem in einem andern Leben vorhandenen embryonischen Zustande gegeben sind, aus welchem sich dieses Individuum entwickelt hat, welcher aber nicht mehr innerhalb des eigenen Lebens dieses Individuums fällt, gerade so auch bei einem Volksgeiste. Das Woraus seines geistigen Entstandenseins fällt hiernach nicht mehr in die Zeit, sondern in die Vorzeit, nicht in die Geschichte, sondern in die Urgeschichte dieses Volkes.

Erst so in jenem vorgeschichtlichen Woraus seiner Entstehung begriffen, würde dieser historische Geist völlig erkannt sein. Denn dann

erst würde die culturhistorische Schlagader bloßgelegt sein, welche er in der Geschichte des menschlichen Geistes überhaupt bildet, die beiden äußersten Enden, die seine Bewegung in diesem vernünftigen Organismus miteinander verbindet.

Diese geistige Vorzeit und Vorgeschichte eines Volkes ist wiederum nur aus seiner Religion erkennbar, in welcher stets die ältesten Erinnerungen einer Nation über sich, und die elementaren Mächte ihres Ursprungs und Bildungsprocesses aufbewahrt sind. Wird aber mit wahrhaft kritischem Blick zu Werke gegangen, so müssen sich gerade bei den Römern diese geistigen Urstoffe aus dem religiösen Gebiete um so bestimmter erkennen lassen, als der römische Geist, der überhaupt nicht im Religiösen — sondern im Rechte — den Höhepunkt seiner Bedeutung und Entwickelungsarbeit hat, nie sehr weit gegangen ist in der Umbildung seiner ursprünglichen religiösen Elemente, sie vielmehr hauptsächlich nur mit dem später von ihm acceptirten griechischen Mythenstoffe in ein buntes Conglomerat mehr durcheinandergeworfen und ihnen assimilirt hat, aus welchem sich jene bei einem gesetzmäßig zu Werke gehenden kritischen Unterscheiden mit großer Sicherheit herausfondern lassen.

Zwar ist uns sehr wohl bekannt, welche Vorurtheile wir durch diese Untersuchung gegen uns erregen, welche Vorurtheile wir schon durch die Ueberschrift dieses Kapitels erregt haben können, und wie wir hierdurch selbst den Erfolg unsers eigenen Werks zu gefährden scheinen.

Denn bisher wird man uns vielleicht zugegeben haben, daß jeder Schritt in der Begriffsentwickelung nur ein Schritt im positiven Stoffe, jeder Schritt im positiven Stoffe nur ein schrittweises Herausspringen der Idee war, und daß hier somit Philosophie und der Positivismus des empirischen Stoffs ihre Gegensätzlichkeit gegeneinander verloren haben.

Die Zurückführung eines so positiven und scheinbar selbständigen Gebiets aber, wie das Rechtsgebiet ist, auf das Dunkel religiöser Ahnungen, das Sprechen von einem vorgeschichtlichen pelasgischen Urgrunde, da uns doch im Recht nichts über das Zwölftafelgesetz Hinausgehendes historisch bekannt, und somit scheinbar von einem Beweise gar keine Rede ist, kann sich als ein so überkühnes Thun darstellen, daß darin der träumerische Charakter der Philosophie nun doch wieder offen hervorzutreten, und durch seine Ungunst auch die bisher gewonnenen Resultate zu gefährden scheint.

Wir sind um diese Einwürfe und diese Gefahr sehr unbekümmert.

Das Recht ist wie die Religion ein geistiges Product. Der Geist selbst aber ist eine Einheit, und darum kann alles Geistige nur in der Einheit, die es in ihm hat, ebendeshalb aber nur durch die Einheit der Wissenschaften wahrhaft begriffen werden. Und was jene mangelnden Beweise für die römische Vorzeit betrifft, so verhält es sich

damit so, wie Schelling[1] bei einer ähnlichen Gelegenheit sagt: Es gibt einen Glauben des Forschers, der darin besteht, daß trotz aller Unbilden der Zeit für alles die Beweise noch vorhanden sind.

Und sie *sind* vorhanden, und in einem viel reichern Grade als hier, wo wir, die strengste Selbstbeherrschung übend, uns auf das Nothdürftigste beschränken müssen, entwickelt werden kann.

So viel wird von selbst klar sein, daß jene, von uns längst nachgewiesene *religiös-metaphysische* Grundanschauung des römischen Erbthums, jene überall dargelegte Verbindung des Testaments mit den religiösen Ideen überhaupt, im Gebiete des Religiösen selbst nirgends anders ihre substantielle Wurzel haben kann, als in dem alten *Manen- und Larencultus*, welcher auch in voller Uebereinstimmung hiermit überall als der specifischste Mittelpunkt römischer Religion hervortritt und mit den sacris privatis in enger Verbindung steht.

Es ist, wie bereits bemerkt, nicht möglich, diesen ebenso dunkeln, als interessanten Gegenstand in vollster Ausführlichkeit zu behandeln und zu gestalten, was vielmehr eine selbständige Arbeit erfordern würde.

Aber die umfassendsten Hauptgrundlagen seiner innern Uebereinstimmung mit dem von uns entwickelten Begriff müssen gelegt, es muß nachgewiesen werden, wie in diesen römisch-italischen Religionswesen nur derselbe Begriff vorliegt, den wir als den Begriff des Erbthums entwickelt haben: die durch keinen Tod aufgehobene *Fortexistenz der subjectiven Willensindividualität*.

So tritt zuvörderst, ganz abgesehen natürlich von der sehr gleichgültigen Richtigkeit der Etymologie, jetzt als ein entscheidendes Moment für den *Begriff* des Manenthums hervor, daß die Manen schon im Alterthum definirt werden von manere, als die *Bleibenden, Beharrenden*, wie Martianus Capella[2] uns berichtet. Sie sind nicht *Todte, Gewesene*. Sie sind *Bleibende*, sie sind und *bleiben* dasselbe, was sie waren; sie *sind* und *bleiben* — und das ist ihr großer und specifischer Unterschied in der Gesammtdämonologie des Alterthums — *geistige Individualitäten*, d. h. übereinstimmend mit dem, was sich uns oben[3] als der *römische* Begriff der Geistesindividualität bestimmt hat, *Willenssubjecte*, und darum auf die *Außenwelt* als ihren Gegenstand bezogene Willenssubjectivitäten. Sie verlieren diese *Willensspannung* auf den einzigen und nothwendigen *Gegenstand* des Willens, die *Außenwelt* — so sehr dies ihr unterscheidendes Wesen von den Mythologen übersehen

[1] Einleitung in die Philosophie der Mythologie, Werke, Abthl. 2, Thl. I, S. 112.

[2] De nupt., §. 162, p. 217 ed. Kopp.

[3] Siehe oben S. 18, 20, 24 fg., 345 fg.; vgl. Nr. XIII.

werden ist, die sie stets mehr oder weniger in das allgemeine Dämonenwesen des Alterthums untergehen lassen —, auch mit dem Tode nicht, und lehrreicher als Bücher ist hierin die eine Stelle des Livius[1]: „Pace parta instare tunc tribuni Patribus, ut *P. Valerii fidem exsolverent*, instare Claudio, *ut collegae Deos manes fraude liberaret*."[2]

Vor allem aber ist bei einer systematischen Durchdenkung dieses Gegenstandes auf Eins zurückzugehen, auf die Sitte der Bestattung der Leichname. Es ist einer der genialsten Blicke, welche Creuzer geworfen hat, wenn er[3] sagt, es stelle „das Begraben oder das Verbrennen der Leichname zwei ganz verschiedene religiöse Volksansichten dar, und in dieser Differenz liegt ein Hauptkriterium der Völkerabkunft und der Verschiedenheit der Stämme bei größern Nationen". In der That wird nicht geleugnet werden können, daß es nichts so Entgegengesetztes gibt, als z. B. die ägyptische Sitte, durch das Mumisiren der Leichname die Individualität des Todten in geschlossenster Weise zu bewahren, und die griechische Sitte des Verbrennens der Leichname. Schon die Alten wußten das, und führten diese Verschiedenheiten auf Gegensätze in der geistigen Gesammtanschauung der Völker und theosophischen Systeme zurück, wie z. B. Servius in Virg. Aeneid., III, 68, die Sitte der Verbrennung daraus fließen läßt „ut statim anima in *generalitatem*, id est *in suam naturam rediret*".[4]

Gehen wir nun nach dieser Vorbemerkung auf die römische Sitte der Todtenbestattung zurück, so hat schon Zoëga[5] nachgewiesen, daß in der ältesten Zeit die Römer, wie die alten Italier überhaupt, ihre Todten nicht nur begruben, sondern in ihren Wohnhäusern begruben. Und schon Servius[6] und Isidorus[7] berichten, daß dies seinen Grund in der alten Laren- und Manenreligion gehabt habe, um den Geist des Abgeschiedenen bei sich zu haben und seiner besondern Obhut und Hülfe um desto sicherer zu sein.[8] Sonach erscheint aber schon hier

[1] III, c. 19; I, 613 ed. Drakenb.

[2] Während in der homerisch-griechischen Götterwelt der Todte ein bewußtloser und erinnerungsloser Schatten ist, der erst mit dem Lebensquell, dem Blute, das ihm Opfernde zu trinken geben, das Fürsichsein, die Erinnerung an sein oberweltliches Dasein wiedererhält. Das festere Haften der Subjectivität in dem römischen Geiste ist hier unverkennbar.

[3] Symbolik und Mythologie, 3. Ausg., I, 145.

[4] Siehe meine Philosophie des Herakleitos, I, 321, und die andern daselbst bezogenen Stellen des Servius, Tertullianus und J. Lydus.

[5] De obeliscis, p. 269.

[6] In Virg. Aeneid., V, 64; VI, 152.

[7] Origg., XV, 11.

[8] Vgl. hierzu und über die Larenreligion überhaupt Jeremias Müller, De

der Geist des Abgeschiedenen in einer besonders engen Beziehung auf den frühern realen Schauplatz seines Wirkens und Schaltens, auf den Schauplatz seiner Willensherrschaft.

Zwar kann es scheinen, daß wir hier noch kein specifisch römisches Princip gewonnen haben. Denn Plato[1] erzählt uns, daß auch die Griechen ihre Todten ursprünglich im Hause begruben. „Ja, die noch ältern als jene begruben ihre Todten im Hause, wir hingegen thun nichts hiervon" (οἱ δ' αὖ ἐκείνων πρότεροί αὐτοῦ καὶ ἔθαπτον ἐν τῇ οἰκίᾳ τοὺς ἀποθανόντας· ἡμεῖς δὲ τούτων οὐδὲν ποιοῦμεν). Allein gerade hierdurch ordnet sich dieser Gegenstand zu einer systematischen Klarheit. Denn wenn man die Stelle in ihrem Zusammenhange betrachtet, so zeigt sich unwidersprechlich, daß Plato hier von einer Urzeit spricht. In dem Satze vorher spricht er bereits von den „vormals" (πρότου) bei den Hellenen bestanden habenden Gebräuchen des Opfernachschlachtens vor dem Heraustragen der Leichname und des Herbeiholens der ἐγχυτρίστριαι, d. h. wie Boeckh[2] nachgewiesen hat, von dem bereits uralten und schon von Solon abgeschafften Dienst der Weiber, die das ossilegium besorgten (die Gebeine der verbrannten Leichname in eine Urne sammelten; Knochenleserinnen, wie es Schleiermacher übersetzt). Wenn nun Plato sagt, daß „die noch frühern als jene" die Sitte des Todtenbegrabens im Hause gehabt, so läßt sich also an nichts als eine Urzeit denken, somit an eine — pelasgische Zeit.

Und nun wäre allerdings sofort eine Grundlage von höchster innerer Uebereinstimmung gegeben, eine Grundlage, die weitgreifender und zusammenhängender ist, als wir sie zunächst hier verfolgen können, auf die uns aber der Lauf der Untersuchung später von selbst vielleicht wieder zurückführen dürfte.

Das pelasgische Zeitalter der Völkerstämme, die sich später zu Hellenen und Römern entwickeln, steht noch, bei beiden übereinstimmend, unter der Sitte einer grobsinnlichen Bewahrung der Individualität des Todten.

Aber die Entwickelung von dieser gemeinschaftlichen Wurzel aus ist eine verschiedene und dem allgemeinen Entwickelungsgang beider Völker vollkommen entsprechende. Während bei den Griechen in frühester Zeit, mit ihrem Hellenisirungsproceß selbst, die Sitte um sich greift, die Leichname zu verbrennen und so, wie Servius sagt: „die Seele in das All-

---

diis Romanorum Laribus et Penatibus (Kopenhagen, 1811), S. 67 fg.; K. O. Müller in seinen Etruskern, Buch III, Kap. 4, und Creuzer, über die Gottheiten der Etrusker, Symbol. und Mythol., 3. Ausg., III, 553 fg.

[1] Minos, p. 315, E.

[2] In Platon. Min., p. 57.

gemeine als in ihre Natur zurückkehren zu lassen", wird in Rom sogar das Begraben in den Häusern erst durch das Zwölftafelgesetz verboten „hominem mortuum *in urbe ne sepelito, neve urito*".[1] Das Begraben selbst erscheint hier noch auf gleichem Fuß, und ihm sogar vorangehend, mit dem Verbrennen, ja diese grobkörnige Grundlage haftet in dem Individualismus des römischen Volksgeistes so fest, kämpft in der nationalen Substanz desselben so zäh gegen den neuen Gebrauch an, daß fast bis ans Ende der Republik die Mitglieder der Gens Cornelia sich noch beerdigen lassen (Cicero, De leg., II, 22: „gentemque Corneliam usque ad memoriam nostram hac sepultura scimus esse usam").

Allein Römerthum wie Hellenenthum haben ihre Bedeutung nicht in dem, wovon sie ausgehen, sondern in dem, wozu sie diese Grundlage umgestalten. Und wie die That und Bedeutung der Hellenen die ist, das Sinnliche und Materiell-Natürliche orientalischer Anschauung, das beiden Völkern als gemeinschaftlicher verschwindender Ausgangspunkt und Substrat ihres Umformungsprocesses dient, zu objectiv-geistiger Bedeutung zu verklären, zu allgemein sittlich-geistigen Potenzen zu verinnerlichen, und damit zur Gestalt, zum objectiv-Idealen und, auf der höchsten Spitze dieser Leistung, zur Idee durchzubrechen (vgl. hierüber meine Philosophie des Herakleitos, I, 108—112, 354—358, 15, und an vielen andern Orten daselbst), — so besteht die That und Bedeutung des andern pelasgischen Entwickelungszweiges, des Römerthums, darin, diese sinnlich-natürliche Substanz, von der sie ausgehen, zu der noch intensivern Innerlichkeit des für sich seienden Willens, der Willenssubjectivität, zu entwickeln. Die abgeschiedene Individualität des Todten ist bleibende, unvergängliche Willensinnerlichkeit, unsterbliche Willenssubjectivität. Aber sie ist gerade durch den Tod reine Willenssubjectivität geworden[2]; nach ihrer sinnlichen Gestalt hin, in ihrer eigenen Verwickelung mit dem Stofflichen, ist sie aufgehoben. Darum kann auch dies Aufgehobensein des Sinnlichen an ihr gesetzt werden, und der Verbrennungsproceß der Todten (zu Macrobius' Zeit war er bereits wieder außer Gewohnheit gekommen, Saturnal., VII, 7) kann hier Eingang finden und herrschend werden. Aber was so an ihnen aufgehoben ist, ist nur ihre Vermischung mit dem Sinnlichen und Stofflichen an ihnen, wodurch sie jetzt erst gerade als reine Willensherrschaft, als reine Willenssubjectivitäten hervortreten. Darum bleibt auch nach der Beerdigung der

[1] Cicero, De legg., II, 23.

[2] Vgl. über das Verhältniß der einzelnen sinnlichen Willensacte zu der durch sie hindurchgehenden allgemeinen Willenssubjectivität oben sub Nr. II.

Leichnam außer dem Hause, und nach der Verbrennung derselben immer das Haus, in welchem ihnen das Lararium, die Hauskapelle, als Sitz ihres geistigen Wesens eingeräumt wird, der unmittelbare Ort ihrer geistigen Willensherrschaft.[1] Das Haus, die Stätte ihres Schaltens, dieses Stück der Wirklichkeit, das ihrer Willensherrschaft im Leben unterworfen war, dieser unmittelbare Schauplatz ihres Regierens, er bleibt ihnen als die Außenwelt, auf die sie bezogen sind, die sie fortfahren zu regieren und zu beherrschen, und in dem Centralpunkt dieser Stätte, auf dem Herde, wird ihnen geopfert.

Der abgeschiedene Geist also als bleibende für sich seiende Willenssubjectivität ist Mane, Deus Manis. Dieser selbe Geist gedacht in seiner bleibenden besondern Beziehung auf den frühern Schauplatz seines Wollens und Herrschens — so ist er Lar. Dies ist das nun hoffentlich sehr klare und sich von allen Seiten bestätigende Begriffsverhältniß beider Wesenklassen zueinander. Dasselbe ist noch mythisch-genealogisch vollständig klar ausgedrückt, indem die Göttin Mania als Mutter der Laren genannt wird; s. Macrobius, Saturnal., I, c. 7, p. 232, ed. Bip. (wo noch eine von den nicht seltenen Spuren des alten grausen Menschenopfercultus, durch welchen die Manen besänftigt wurden, hervortritt: „. . . ut pro familiarum sospitate pueri mactarentur Maniae Deae matri Larum"), und Varro ap. Arnob. adv. gent., III, c. 41, p. 131, ed. Or.

Diese bleibende Willensherrschaft über die Stätte ihres Gewesenseins, über das Stück realer Außenwelt, das unmittelbar ihrem Herrscherwillen unterworfen war, ist es, welche sich überall als das hervorstechende und charakteristische Wesen der Laren kundgibt. In allen ihren Benennungen bereits tritt dies frappant hervor. Praestites, Πραιστίται, Προεστῶτες[2], Vorsteher also, werden sie genannt, denn dies ist eben ihr Wesen, bleibend selbständige Subjectivitäten, nach wie vor Willensherren, herrschende Gebieter dieses Machtbezirks zu sein. Von dem Namen Lar selbst ist aus dem Tuscischen — welches ja die anerkannte Quelle des römischen Larencultus ist — nachgewiesen (s. Jeremias Müller, De diis Romanorum Laribus et Penatibus [Kopenhagen 1811], S. 53 fg.; vgl. Lanzi, Saggio di Ling. Etrusca, II, 283—286; Döderlein, Handbuch der lateinischen Etymologie, S. 95), daß es gar nichts anderes als Fürst, Herr, προστάτης, *princeps* heißt; also (Döderlein, a. a. O., will sogar mit Bezug auf die Form Larth das englische „Lord" paralleliſiren) soviel wie Gebieter,

---

[1] Ueber die Lararia siehe J. Gutherius, De vet. jure Pontificio, III, 10, in Graevii Thesaur. Antiqu. Rom., V, 139.

[2] Plutarch, Rom. Quaest., LI, II, 132, ed. Wytt. — Ovid, Fast., V, 133.

Herr überhaupt und absolut, ohne besondere Beziehung auf ein Eigenthum, als Ehrentitel, Willensherr schlechthin. (Man vergleiche hier, was wir S. 189, Note 3, über Etymologie und Bedeutung von heres gesehen haben.) Es ist dies allgemein anerkannt und kann auch gar nicht geleugnet werden. Denn noch tritt in den Namenszusammensetzungen: Lar-Porsenna, Lar-Tolumnius (s. Cicero, Phil., IX, Kap. 2) diese Titelbedeutung als Herr, Gebieter, thatsächlich hervor. Vgl. K. O. Müller, Etrusker, II, 90 fg.: „Daß die Laren dem tuskischen Glauben angehören, davon überzeugt schon der Name, da sowol Larth wie Lars bei den Etruskern gewöhnliche Vornamen waren, die aus einem Ehrennamen entstanden sein müssen."[1]

So bleiben sie denn absolute Herren und Regierer dieses Schauplatzes ihrer Willensherrschaft, auf welchem nichts mehr wider ihren Willen vorfällt, und so werden sie zu Schutzgöttern, zu Wächtern und Bewahrern des Hauses (dii aedium custodes, oder *tectorum domuumque* custodes, Bewahrer der Dächer und Häuser, wie es bei Arnobius, Adv. gent. l. l., heißt); sie verleihen somit den Familienschutz, werden *lares familiares*, und insofern dieselbe Familie forterbend das Haus ihrer Vorfahren bewohnt, scheinen sie somit zu Familiengottheiten geworden zu sein.

Aber dies ist der erste der beiden äußerst wesentlichen Irrthümer, in welche die Alterthumsforscher ganz allgemein in Bezug auf die Laren verfallen sind, und der sie verhindert hat, das Wesen derselben in seiner Wahrheit zu erfassen. Denn so häufig auch von den Laren bei den alten Schriftstellern in einem Sinn und Zusammenhang die Rede ist, welcher auf den Begriff der Vorfahren und, was uns so natürlich damit zusammenzufallen scheint, der Familienvorfahren hinweist, so ist doch nur das erstere der Fall, daß sie freilich immer Vorfahren überhaupt, d. h. Gewesene bedeuten, mit den Familienvorfahren aber nur da und nur so lange zusammenfallen, als dieselbe Familie im Besitz desselben Hauses ist. Mit andern Worten: Es ist in diesen Wesen — und darin besteht der Irrthum, von dem wir sprechen — auch nicht im geringsten die Idee der Familienabstammung, der Familiensubstanz vorhanden (so wenig wie im römischen Erbrecht, wie wir von diesem auf das genaueste nachgewiesen haben); sondern nur dies ist ihr Begriff, die schaltenden Willensherren der von ihnen fortbeherrschten Stätte zu sein. Nur an den Ort, das Haus, nicht an die Familie sind sie gebunden. Wäre die Blutseinheit der Familie ihr Begriff, so würden sie den durch das Band der Abstammung mit ihnen

[1] Vgl. daselbst, I, 405: „Tuskische Fürsten heißen fast immer Lars, und man konnte daher leicht Lars für eine Bezeichnung der Fürstenwürde halten."

Verknüpften angehören. Sie wären im Besitz der Familie, aber sie wären nicht mehr die Schaltenden, die Machthaber, die „Mächtigen", „Potentes" (Lares Coilo Potentes), wie Inschriften sie nennen.[1]

Am deutlichsten kommt diese Unterscheidung zum Austrag, wenn die reale Trennung von Ort und Familie eintritt. Hier kommt auch der angegebene Begriffsunterschied zu seinem realen Beweis. Der Lar verbleibt nicht der Familie, sondern der Lar verbleibt dem Ort, weil vielmehr der Ort ihm verbleibt; die fortziehende Familie verliert ihn (wodurch sich die Laren beiläufig sehr deutlich von den Penaten unterscheiden, mit denen sie durchaus nicht identisch sind), und der neue Hausherr, der das Haus gekauft hat, übernimmt die Laren des Orts und ihren Cultus, wie z. B. bei Plautus[2] der neue Hausherr die Laren des eben von ihm gekauften Hauses bekränzt — eine bis in späte Zeiten[3] fortdauernde Sitte — und anfleht, daß ihm die neue Wohnungsstätte glückbringend sein möge. Der Lar fährt also fort, die Stätte zu beherrschen. Die fortziehende Familie verliert mit dem Ort auch seine Laren, und darum kann Catilina bei Sallust[4] den ruinirten Verschwörern, die er durch Vergleichung ihres elenden Loses mit der Lage der Reichen zur Wuth reizen will, zurufen: „nirgends auf der ganzen Welt hätten sie einen *lar familiaris* mehr". Und darum, wegen dieses unpersönlichen Verhältnisses, welches seitens der lebenden Hausherren zu ihnen, die für sie nicht Ahnen, sondern nur Abgeschiedene überhaupt sind, besteht, kann sie der Kirchenvater M. Minucius Felix[5] mit den unbekannten Gottheiten zusammenstellen und zu ihnen rechnen: „. . . dum aras exstruunt, etiam *ignotis numinibus et manibus*." So zeigt sich denn also ganz scharf und bestimmt, wie unrichtig und den Begriff der Laren ganz entstellend es ist, wenn Creuzer[6] von ihnen sagt: „Ueber dem Strahlenpunkt jeder individuellen Persönalität, dem Charakter und dem Sinn jedes Menschenlebens

---

[1] Siehe Ezech. Spanheim, De Vest. et Prytan. Graec. in Graevii Thesaur. Antiqu. Rom., V, 686 fg.

[2] Trinum., I, 2, v. 1:

Larem corona nostrum decorari volo.
Uxor, venerare, ut nobis haec habitatio
Bona, fausta, felix, fortunataque eveniat.

[3] Vgl. die Commentt. Herodot. von Creuzer, I, 235, Note, und über die Localitäten dieser Culte Raoul-Rochette, Lettre à Mr. Panofka, in den Annales de l'Institut de France, III, 415 fg.

[4] Catilin., c. 20.

[5] Octav., c. VI, p. 31, ed. Lindn.

[6] Symbolik und Myth., a. a. O., III, 556.

schwebet als Herr und Regierer ein Genienpaar, wovon der eine sorgsam und freundlich über die ihm anvertraute Seele wacht u. s. w." Nichts ist dem ursprünglichen Wesen des tuskischen Lar fremder, als eine solche Beziehung auf die „individuelle Personalität des Menschen" oder dieser zu ihm; nichts ist seinem ursprünglichen Wesen mehr entgegenstehend, als ein solches positives fürsorgendes Verhältniß zu einer „ihm anvertrauten Seele". Es wird hier in den Geist orientalischer Dämonologie und Genienlehre überhaupt hineingefallen und der Begriff dieser altitalischen Wesen gänzlich verkannt. Der Lar hat überhaupt in seinem Begriff keine directe Beziehung auf die „menschliche Personalität" des Hausherrn, sondern er ist dies, bleibender Schalter des Orts seiner frühern Herrschaft, der auf diesen bezogene fortexistirende Willensherr und Gebieter zu sein.

Der zweite Hauptirrthum, von dem man sofort sehen wird, wie eng er mit dem ersten zusammenhängt, ist folgender:

Diese machthaberische Beziehung des Lar auf den bestimmten Ort trat natürlich in allen Nachrichten der Alten viel zu sehr und zu charakteristisch in den Vordergrund, um gänzlich als Thatsache von unsern Alterthumsforschern übersehen werden zu können. In dieser Thatsächlichkeit ist sie vielmehr als das Wesen des Lar allgemein anerkannt. Siehe z. B. K. O. Müller, Etrusker, II, 90 fg.: „Auch in Bezug auf die Götter war Lar bei den Tuskern und Römern eine sehr umfassende Ehrenbenennung, die schwerlich eine bestimmte Anzahl von Personen bezeichnete, bei der aber der Schutz und Vorstand eines bestimmten Bezirks (daher lares praestites) offenbar das Charakteristische und die Hauptsache war." Aber das ist alles, was er hierüber sagt. Auch Creuzer ist weit entfernt, diese Thatsächlichkeit zu übersehen (s. a. a. O., S. 556 fg., S. 561). Aber es fragt sich nur wieder, wie man die Thatsache auffaßt, was man als ihre geistige Begründung denkt. In den Darstellungen der bildenden Kunst erscheint als das Attribut der Laren der Hund (s. die bei Creuzer, a. a. O., S. 565, 569, angeführten Denkmäler) und, gleichviel welches das Alter dieser Darstellungen sein mag, eine spätere deutungssüchtige Zeit faßt dies schon bei den Alten als ein Symbol ihrer Treue auf gegen das Haus, als schützende und wachende Hausgötter, furchtbar, feindselig gegen Fremde, zahm, linde, mild gegen die Bewohner des Hauses. Und das soll auch nicht geleugnet werden, daß sie später allmählich — und wir werden noch einen Blick darauf werfen, wann und wie — diese Umbildung im Volksglauben erfahren haben. Aber von ihrem ursprünglichen, eigentlichen und immer wieder durchblickenden Wesen ist das sehr weit entfernt! Wenn im Hund ein Symbol der Treue zu liegen scheinen kann, weil der Lar dem Ort treu bleibt, so ist zu bemerken,

daß, wenn der Lar dem Ort treu bleibt, er nur sich selber, seiner Willensherrschaft über ihn treu bleibt, und hierbei also von Treue nicht die Rede wäre. Soll hier von Treue die Rede sein, so wäre vielmehr nur die Treue des Orts zu bewundern, der immer noch den gestorbenen Willensherren anhängt und angehört. Wenn der Lar den Ort bewacht — und freilich thut er dies —, so ist zu bemerken, daß er dies ursprünglich durchaus nicht im plutarchischen Sinne thut, als ein schützender, wachender Haus- und Heilsgott, sondern er bewacht ihn als das ihm untergebene Machtgebiet, und so allerdings auch eifersüchtig und abwehrend wie ein Hund das Seinige.

In jenem plutarchischen, milden Sinne fassen die Alterthumsforscher sehr irrig das ursprüngliche Wesen des tuskischen Laren. Wenn Creuzer also (a. a. O., S. 556) zur Erklärung desselben sagt: „Auch wo Menschen beisammen wohnen, ist unsichtbar ein Genius gegenwärtig. Das liebe Gut, das wir unter der Vaterstadt zu denken pflegen, jenes heimatliche Gefühl, das uns bei ihrem Namen bewegt, eines wie das andere ist unter den Schirm des Genius gegeben. So auch das Vaterhaus. Jedes theuerste Gefühl, das ein Kind bei diesem Andenken empfinden mag, jene Gewohnheit des Lebens in ihm von frühester Erinnerung an, die bergende Sicherheit, die stille Vertraulichkeit jedes Winkels, der ruhige Verlaß auf dies von den Vätern ererbte Eigenthum, und wie die Beziehungen alle heißen mögen, sie alle sind in den Begriff des Lar (Lars, Herr) zusammengedrängt, der das Vaterhaus als unsichtbarer Gebieter bewohnet —", so ist in dieser schönen und gemüthlichen Explication auch nicht Eine Seite des alten ursprünglichen Larenthums getroffen. Nichts ist dem altitalischen Geiste fremder als diese Gemüthsseite, die erst das Product sehr später und humanisirender Umbildungen ist, nichts ist dem alt-römischen Geiste weiter abliegend, ihm, der schon in seiner pelasgisch-etruriſchen[1] Anlage nur dies ist: Willenssubjectivität zu sein, und alles im substantiellen Keime in sich zu enthalten, was sich aus diesem Keim entwickeln wird.

Wir haben vielmehr gesehen, welches der ganz bestimmte Begriff der Laren ist. Er ist dies: fortexistirende selbständige Willenssubjectivitäten zu sein, fortherrschend in dem Machtbezirk, welcher die Stätte ihres Schaltens war. Der Deus Manis, gedacht als Lar, hat also direct zunächst gar keine Beziehung auf den spätern Hausherrn. Er hat direct, in seinem Begriffe, nur jene fortherrschende Beziehung des Willensherrn zu dem Ort. Nur indirect, weil durch denselben Ort vermittelt, tritt

[1] Nur für Leser, die zufällig diesem Stoffe fern stehen sollten, wird bemerkt, daß auch die alten Etrusker Pelasger sind, tyrrheniſche Pelasger, wie sie von den Alten überall (auch Tyrrhener schlechtweg) genannt werden.

er hierdurch in eine Beziehung auf den neuen Hausherrn desselben. Und aus dieser bloßen Betrachtung schon erhellt auf den ersten Blick, daß diese Beziehung ursprünglich keine sehr freundliche gewesen sein wird; daß sie vielmehr eine negative sein muß, denn dieser neue Herr greift nun ein in das Machtgebiet des Abgeschiedenen, dessen Willensherrschaft gleichfalls als fortbestehend und bleibend gedacht wird, und verletzt dadurch dessen Recht. So ist die Collision gegeben, und es ist ersichtlich, daß sie ursprünglich eine furchtbare sein muß, und nur durch furchtbare Abfindungen und Besänftigungen dies negative Wesen des Lar gegen den neuen Herrn überwunden werden kann. Und so tritt denn als das erste und ursprüngliche Verhältniß jenes negative Verhältniß der Laren hervor, welches die Mythologen ganz in den Hintergrund treten zu lassen pflegen. Es ist der Menschenopferdienst der Laren und der Mania[1], das Schlachten der eigenen Kinder an ihren Altären für die Unversehrtheit der Familie: ... cum ludi per urbem in compitis agitabantur, *restituti* scilicet a Tarquinio Superbo *Laribus ac Maniae* ex responso Apollinis, quo praeceptum est; ut pro capitibus capitibus supplicaretur; idque aliquamdiu observatum, ut *pro familiarum sospitate pueri mactarentur Maniae Deae matri Larum;* Macrobius Saturn., lib. I, c. VII, p. 232. ed. Bip.

Der Lar ist also ursprünglich so wenig Familienwesen, daß, um ihm das Wohl derselben abzukaufen, die Kinder vielmehr geschlachtet werden.

Und man bemerke wohl, was in der Stelle des Macrobius hervortritt. Schon während des Königthums ist dieser Cultus in Rom unterdrückt gewesen. Von dem etruskischen König Tarquinius wird er auf Grund eines Orakels des Apollo[2] wiederhergestellt. Aber die civilisirende

---

[1] Das starke Hervortreten des etruskischen Menschenopfercultus überhaupt wird gut hervorgehoben bei K. O. Müller, Etrusker, II, 108; vgl. daselbst S. 21, und Bd. I, S. 197, Note 28. Bekanntlich schlachteten nach Livius, VII, 15, die tuskischen Tarquinier einmal 307 von ihnen gefangene Römer ihren Göttern auf einmal zum Opfer. Müller bemerkt auch bereits, daß die römischen Menschenopfer tuskischen Ursprungs sind.

[2] Wer dieser Apollo, von dem Macrobius erzählt, gewesen, daß er nämlich selbst niemand anders als der tuskische Manengott Dispater gewesen, läßt sich mit Sicherheit feststellen. Auf dem Berge Soracte befand sich ein Heiligthum, den Diis Manibus und besonders dem Dispater geweiht, wie uns Servius (in Virg. Aeneid., XI, 785) berichtet. Virgil selbst aber (XI, 786) läßt einen Tusker beten:

Summe deum, sancti custos Soractis Apollo
Quem primi colimus.

Die von K. O. Müller, das. II, 68 fg., merkwürdig gefundene Identificirung von

Rolle der Republik stürzt mit dem Königthum auch diesen grauenvollen Cultus! Kaum hat Junius Brutus den Tarquinius vertrieben, so befiehlt er als Consul, Mohn- und Knoblauchköpfe abzuschlachten, damit dem Spruche des Gottes Genüge geschehe. Und nun wird die Mania zu einem milden heilbringenden Wesen und „ihre Bildnisse vor den Thüren der Familien aufgehängt, um Gefahr, die ihnen bevorstände, zu beschwichtigen" (s. alles dies bei Macrobius, a. a. O.).

Aber noch immer stürmt hin und wieder das negative Wesen des Laren in seiner alten Furchtbarkeit wieder an, und immer tritt in den Ueberlieferungen der alten Schriftsteller selbst hervor, daß es die Grundlage tuskischer Substanz in der römischen Religion ist, welche durch ihre Beschwichtigung und Versöhnung hindurch wieder zum Vorschein zu kommen versucht. Als sich der bekannte Abgrund öffnet, in den sich Curtius dann stürzt, um ihn zu schließen, da verkünden, wie uns Varro erzählt, die von den Römern bekanntlich nur aus den Etruskern genommenen Haruspices, durch ein Senatusconsult um Rath gefragt, daß es der Manengott sei, welcher als Sühnopfer fordere, daß ihm der tapferste Bürger geopfert werde[1]: „et id ex Sen. Cons. ad aruspices relatum esse, responsum *Deum Manium* postilionem postulare id, civem fortissimum eo demitti."

Und noch lange[2] durchzittert den Volksgeist die nie ganz verlöschende Erinnerung an das frühere Wesen dieser bleibenden Willensherren! Je mehr sich spätere Schriftsteller bestreben, sie als die Milden, Linden und Guten, als Segen und Heilsquellen der Familien zu schildern[3], und je mehr alte Etymologien dies schon in ihren Namen legen, indem sie denselben von dem alten mane, gut, erklären[4], um so mehr beruht dies auf demselben alten scheuen Euphemismus, der die Erinnyen als die „Wohlgesinnten" als Eumeniden darstellt. Und im Grunde sagt uns dies ja Festus bei dieser Etymologie in der zuletzt angeführten Stelle selbst, und es ist nur ein Uebersehen, das nicht in seinen Worten zu sehen, was offen in denselben ausgesprochen liegt. Denn er sagt daselbst: „.... et in-

---

Dispater und Apollo, die er aus dem zufälligen Zusammentreffen erklärt, daß dem Apollo bei den Griechen die Wölfe heilig waren und die Priester des Soranus von Wölfen den Namen trugen, erklärt sich vielmehr sehr natürlich aus seiner eigenen negativen Nachtseite, jenem Princip des Verderbens, das dem Apollo von seinem orientalischen Ursprung her eigen ist; siehe hierüber meine Philosophie Heraklit's, I, 109 fg.

[1] Varro de L. L., lib. V, §. 148.

[2] Vgl. Plinius, H. N., XXVIII, 3, und XXX, 3, mit Dio Cass., XLIII, 24.

[3] Siehe z. B. Apulejus, De genio Socrat., II, 152 sq. ed. Bosch.

[4] Macrobius, Saturnal., I, c. 3, p. 209, ed. Bip. Festus, v° Mannos, p. 146; v° Manes, p. 157; v° Matrem Matutam, p. 122, ed. Müller.

feri dii *manes* ut *suppliciter* appellati *bono essent.*" Sie werden also so genannt, nicht als solche, welche die Guten sind, sondern als solche, welche flehentlich angerufen werden, daß sie gut und zum Guten sein mögen, gerade weil sie es nicht sind. So wird auch bei den römischen Geburten eine Göttin Mana Geneta angerufen, daß niemand von den im Hause Geborenen gut werde, und Plutarch, welcher uns dies berichtet[1], erklärt es selbst damit, daß die „Guten" hier die Verstorbenen bedeuten. Ja, selbst noch bei so späten Dichtern, wie Horaz, klingt das negative, besänftigungsbedürftige Wesen der Laren deutlich hindurch, Od. III, 23, v. 2:

Si thure *placaris* et horna
Fruge Lares avidaque porca.

So weit ist es, wie hier vorerst in diesen Stoff eingegangen werden kann. Was haben wir denn aber eigentlich in demselben gesehen?

Wir haben in der religiösen Substanz der pelasgisch-etrurischen Vorzeit denselben geistigen Keim: die unendliche Willenssubjectivität und ihre bleibende Fortexistenz, die Unsterblichkeit der Willensindividualität und ihre fortschaltende Willensherrschaft, gesehen, welchen das Römerthum zur Ausführung und Entwickelung bringt?

Durch die Ueberwindung jener noch negativen Richtung seiner in ihm fortwirkenden pelasgisch-etrurischen Ursubstanz, eine Ueberwindung, welche sich durch die Mischung derselben mit dem Einfluß eines andern sittigenden Elementes vollzieht, ist erst das höhere Dasein specifischen Römerthums oder quiritischen Geistes gegeben, und im Recht ist es, wo der Römer diese seine nationale Ursubstanz zur Versöhnung, zum Abdruck und zur gebildeten Entwickelung bringt.

Zur Versöhnung, sagen wir; denn der erste Schritt, mit welchem das Dasein specifischen Römerthums in der Geschichte erscheint, der testamentarische Erbe, ist bereits die Versöhnung der negativen Stellung jener beiden Willensherren, des alten und des neuen, zueinander. Der Erbe ist es jetzt selbst, der die geistige Willenssubjectivität des Todten fortsetzt, und er ist es, in dessen unbeschränkt freier testamentarischer Wahl sie sich selbst fortsetzt. Wenn bei den Tuskern der Abgeschiedene, der Lar, der „Herr" war, so ist jetzt vielmehr er, der neue Nachfolger, zum „Herrn", heres, geworden.[2] Denn er hat jenen in sich aufgenommen, setzt ihn fort und ist selbst seine Fortexistenz, die jener nun nicht mehr außer sich, sondern in sich hat. So ist denn schon mit dem ersten Schritte specifischen Römerthums

[1] Quaest. Roman., LII, 277; II, 133, ed. Wyttenb.
[2] Vgl. hierüber oben S. 193, Note 2.

diese Versöhnung gegeben. Es zeigt sich jetzt die ganze innere Nothwendigkeit, vermöge welcher (s. oben S. 330—334) das testamentarische Erbthum keinen Anfang hat und haben kann in der Geschichte dieses Geistes. Denn solange dieses Erbthum noch nicht da wäre, wäre dieser Geist noch nicht specifisch-römischer Geist, dessen Dasein gerade in diesem Versöhntsein besteht. Könnte man dem testamentarischen Erbthum in Rom einen Anfang nachweisen, wovon wir an dem angeführten Ort wie begrifflich, so auch historisch gezeigt haben, daß es nicht der Fall ist, so würde gesagt werden müssen, daß damals noch nicht römischer Geist vorhanden gewesen, daß er noch in dem Stadium seines vorgeschichtlichen Daseins und Bildungsprocesses aus seinen verschiedenen Elementen begriffen gewesen sei. Und der entscheidende Beweis hierfür wäre, daß, wie wir oben gezeigt, in dem Bewußtsein dieses Volkes, in seinem geistigen Fürsichselbstsein, das Testament keine Entstehung hat. Testamentarisch und von unbeschränkter Freiheit muß dies Erbthum von Haus aus sein, wenn es jene Versöhnung vollbringen soll. Denn wäre es dies nicht, so wäre er es nicht, der Todte, der seine Willenssubjectivität im Erben setzte und fortsetzte, sondern sein Wille hätte gerade an dem ihm aufgezwungenen Erben seine Negation und seinen Untergang, und so stünde er noch in dem alten negativen Verhältniß des Lar zu ihm. Erst durch die unbeschränkte Willensfreiheit testamentarischen Einsetzens nimmt auch das Intestatrecht den Charakter einer vom Gesetze dem individuellen Willen geleisteten subsidiären Hülfe, eines Herbeieilens des ganzen Volkes und Volksbegriffs zur Erfüllung seines vorausgesetzten Willens an, und wir haben jetzt die historisch-reale Gestalt der Nothwendigkeit gesehen, vermöge welcher dieser vorausgesetzte Wille als identisch mit dem allgemeinen Willen vorausgesetzt wird; eine Identität, die schon mit dem Herbeieilen selbst des ganzen Volkes zu seiner individuellen Ergänzung gegeben ist. Wir haben jetzt erst die historisch-reale Gestalt der Nothwendigkeit gesehen, vermöge welcher das Interesse an dem fortexistirenden Dasein dieses vorausgesetzten — und um so mehr an dem des testamentarisch selbst gesetzten — Willens den ganzen historischen Geistesbegriff dieses Volkes durchzittern muß, oder die Bedeutung des Satzes: testamentifactio juris publici est (vgl. Nr. X und Nr. XV). Wir haben jetzt erst die reale Gestalt der Nothwendigkeit gesehen, vermöge welcher das Zwölftafelgesetz mit der höchsten Freiheit des Legirens beginnen muß, die Freiheit der Erbeinsetzung aber als die gesammte stumme Sichselbstvoraussetzung dieses ganzen historischen Volksgeistes nicht einmal verfügen kann, und warum, statt von einem nothwendigen Familienerben auszugehen, es vielmehr erst das Ende der römischen Rechtsgeschichte ist, sich auf einen niemals ganz erreichten Notherben hinzubewegen.

Wir sagten aber auch: im Recht ist es, in welchem der Römer diese seine nationale Ursubstanz zur Versöhnung bringt. Und dies ist nicht nur so aufzufassen als ein empirisch durch das Material des Erbrechts Feststehendes und von uns an ihm Nachgewiesenes. Es ist vielmehr vor allem die begriffliche logische Nothwendigkeit zu begreifen, vermöge welcher diese Versöhnung sich gerade im Recht vollbringen und das Rechtssystem produciren muß.

Die Versöhnung, welche der römische Geist vollbringt, oder eigentlich nicht vollbringt, sondern ist, besteht darin, daß die Vorstellung der unendlichen Willenssubjectivität, welche bereits als religiöse Vorstellung in der pelasgisch-etrurischen Ursubstanz vorhanden ist, aus diesem Elemente bloßen religiösen Insichseins, in welchem sie sich negativ gegen den neuen Nachfolger bestimmt und bestimmen muß, weil dieser ein Anderer gegen den Lar ist, herausgerissen und zur Wirklichkeit verwandelt werde. Der Orkus soll zur Oberwelt producirt werden. Die Versöhnung soll dadurch vor sich gehen, daß der neue Nachfolger selbst den Todten in sich aufnimmt und Perpetuirer seiner Willenssubjectivität wird. Die Ueberwindung jenes negativen Verhältnisses soll dadurch erfolgen, daß die Unendlichkeit der Willenssubjectivität des Todten in dem Nachfolger selbst realisirt, und so in der allgemeinen lebendigen Wirklichkeit selbst statt in der Unterwelt verwirklicht werden soll. Die Realisation eines geistigen Inhalts in der Sphäre der allgemeinen Wirklichkeit — dies und nichts anderes ist eben der formelle Begriff des Rechts. Ein geistiger Inhalt realisirt in dem Insichsein der Vorstellung, — so ist er Religion; hineingebildet in das Sinnliche und Stoffliche, — so ist er Kunst; ausgeführt im Reich des sich selbst durchsichtigen Begreifens, — so ist er Philosophie; verwirklicht aber in der allgemeinen geistigen Wirklichkeit, — so ist er Recht. Es ist also eine begriffliche Nothwendigkeit, daß diese Versöhnung im Rechte geschieht; sie ist selbst der Gedanke des Rechts. Alle Völker haben ein Recht. Denn alle Völker verwirklichen einen geistigen Inhalt in der realen Wirklichkeit. Was der Römer aber verwirklicht in dieser Sphäre des Rechts, das ist, wie wir sahen, der Gedanke der unendlichen Willenssubjectivität, d. h. es ist der inhaltliche Begriff des Rechts selbst, den er in der formellen Sphäre des Rechts verwirklicht, und so hat er nicht ein Recht, sondern das Recht!

Die Unendlichkeit der Willenssubjectivität verwirklicht in der realen allgemeinen Wirklichkeit, — dies ist nicht blos Erbrecht, sondern das Recht und das Rechtssystem überhaupt. Und so ergibt sich hier bestimmter die welthistorische Nothwendigkeit, die wir schon früher kurz angedeutet (s. S. 18, vgl. S. 358 fg.), hier aber näher zur Entwickelung gebracht haben, weshalb es der römische Volksgeist ist,

welcher aus seiner innersten Anlage heraus das Rechtssystem produciren muß.

Man kann in diesem Sinne sagen, die wahre Religion des Römers sei das Recht, die Religion sei dagegen für ihn eigentlich nur das Vorhistorische seines Ausgangspunkts, sodaß er nur in der Ueberwindung dieser Form der geistigen Thätigkeit das Specifische seines Geistes habe, und die Religion von ihm nur als das ihm und seinem Geiste Fremde, welches aber die ihn noch mit ehrfurchtsvollem Schauer durchzitternde Grundlage seines Ausgegangenseins und seines Zusammenhangs bilde, aufbewahrt worden sei. Und mit dieser begrifflichen Entwickelung gelangt nun ein anderes höchst merkwürdiges Verhältniß, das schon oft hohe Verwunderung erregt hat und noch größere zu erregen verdient hätte, zu seiner vollen geistigen Klarheit, gelangt nicht nur zu seiner eigenen Erklärung, sondern zur Herausfetzung der in ihm vorhandenen welthistorischen Nothwendigkeit und Bedeutung. Jedes Volk treibt seine Religion selbst, denn es ist sein eigenes Wesen, das es darin bethätigt. Der Römer aber läßt, wie hier stofflich nicht weiter dargelegt werden kann, aber jedem mit diesem Stoffe Vertrauten hinreichend bekannt ist, — der Römer läßt seine Religion, was ohne Beispiel in der Weltgeschichte ist, als ein ihm Fremdes und ihn dennoch Durchzitterndes von einem fremden Volke, und zwar gerade von den Etruskern[1], besorgen.[2] Handelt es sich um Harusspicin (Opferschau), Prodigia Portenta, Blitzdeutung und Divination, um irgendeinen Theil religiöser Disciplin, so wird vom Senat nach Etrurien gesendet, etruskische Haruspices, Fulguratoren u. s. w. werden herbeigeholt, um den Willen der Götter zu erforschen. Diese hieratische Abhängigkeit ist so drückend, daß während der Belagerung Vejis die Prodigien nicht procurirt werden können, weil Etrurien, den Römern gerade feindlich, keine kundigen Leute senden will[3], und ein andermal diese Haruspices hingerichtet werden müssen, weil sie, dem römischen Volk feindlich gesinnt, das Gegentheil von dem angeben, was die Procuration erheischte.[4] Als Rom in der Blüte seiner Macht steht, Etrurien lange unterworfen hat, und die von den etruskischen Großen kastenmäßig fortgepflanzte religiöse Disciplin in Gefahr des Verfalls geräth, da beschließt der römische Senat, um sie hiergegen zu sichern, von

---

[1] Livius, V, Kap. 1, nennt sie eine „gens ante omnes alias eo magis dedita religionibus, quod excelleret arte colendi eas"; vgl. Livius, XXVII, 37, und XXXII, 1.

[2] Siehe das Material hierüber in reichlicher Menge bei K. O. Müller, Etrusker, Buch 3, bes. Kap. 1 u. 2, und Kap. 5—7.

[3] Livius, V, 15.

[4] Aul. Gellius, Noct. att., IV, 5, 5.

Staats wegen, daß immer zehn Söhne der Edlen in der religiösen Disciplin unterrichtet werden sollen, aber zehn Söhne etruskischer Edlen aus jeder der zwölf etruskischen Völkerschaften.[1] Die Kunde des Religiösen soll erhalten werden, der römische Geist erzittert bei der Gefahr, den Zusammenhang mit seiner vorhistorischen Grundlage zu verlieren, die in ihm ein Aufgehobenes, aber noch in diesem Aufgehobensein Fortwirkendes und Bestimmendes ist; sie soll ihm erhalten werden, aber weil sie ein in seinem specifischen Volksgeist Aufgehobenes ist, als ein seinem Geiste Fremdes, als ein Buch, in dem er nicht lesen kann, ein Buch der Ursprünge, das nur für jene ältere Nation zu entziffern ist, die als Nation niemals über dieses Stadium des Geistes hinausgekommen.[2]

[1] Cicero, De divin., I, 41, 92, und Tacitus, Annal., XI, 15.

[2] Müller sagt a. a. O., II, 2, sehr richtig, es sei dieser Verkehr zwischen Rom und Etrurien ein solcher gewesen, „für den man kaum ein anderes passendes Beispiel in der Geschichte hat". Wenn er aber selbst, um das Unbegreifliche zu erklären, hinzufügt: „und den man auch nur durch die sehr praktische Ansicht der Religion bei den alten Römern erklären kann, die von der trefflichen Kunde der Etrusker Nutzen ziehen zu können glaubten, ohne sie selbst zu durchdringen", so ist es besser, ehe man solche Erklärungen gibt, die Unerklärlichkeit der Sache einzugestehen und nicht zu erklären. Noch viel praktischer wäre es dann jedenfalls gewesen, sich um Religion und religiöse Disciplin gar nicht zu bekümmern, wozu ja ein Volk nie durch einen äußern Zwang, sondern nur durch einen innern Drang getrieben wird, bei dem es dann aber wieder unbegreiflich erscheinen muß, die Kunde desselben von sich auszuschließen und grundsätzlich Fremden zu überlassen. Ja, was das „Praktische" betrifft, so war die Sache davon gerade das Gegentheil! Müller selbst erwähnt der oben folgenden Beispiele von dem Vejenterkrieg und den mit dem Tode bestraften Haruspices. Ja, Müller sagt dabei selbst (II, 7): „Und doch konnte sich kaum ein Bienenschwarm in einem öffentlichen Gebäude zeigen, ohne daß Haruspices herbeigeholt wurden." Wo bei einer solchen drückenden Abhängigkeit von einem fremden, so oft feindlichen Volke das Praktische bleiben soll, ist nicht leicht abzusehen; zumal für einen Volksgeist, der, wie der römische, selbst darüber befragt, wahrscheinlich in der eigenen Selbständigkeit das „Praktische" gesehen hätte. Nicht einmal zu Kunst und Wissenschaft, zu denen ein solches rein praktisches Verhältniß doch weit eher denkbar wäre, verhalten sich die Römer in dieser praktischen Weise; sondern als sie diese von den Griechen empfangen, inoculiren sie dieselben, so viel ihnen nur möglich, dem eigenen Geiste, produciren einen Plautus, Horaz, Virgil, die Stoiker u. s. w. Nur gerade die Kunde religiöser Disciplin, unter der sie sich beugen und die ihre Geschicke bestimmt, versuchen sie nicht, sich zu inoculiren und sie selbst zu durchdringen! — Die Erklärung ist nun aber im Obigen gegeben; sie besteht darin daß jener „Verkehr" zwischen Rom und Etrurien überhaupt keinen Verkehr, sondern ein Verhältniß, ein geistiges, culturhistorisches Verhältniß darstellt. Auch nachdem sich der römische Geist zu seinem specifischen Wesen, zum Geist des Rechts entwickelt hat und die Religion nur die von ihm aufbewahrte Grundlage seines gegenwärtigen, ihm eigenthümlichen Wesens geworden ist, besteht nun im rein religiösen Gebiete — und indirect — die hieratische Oberherrlichkeit

Zugleich muß sich in diesen Andeutungen ein helles Licht auf die culturhistorische Bedeutung und die weltgeschichtliche Stellung jenes in Dunkel gehüllten gewaltigen Volkes ergossen haben, welches durch seine beiden Ausläufer, Griechen und Römer, so tief in die Menschheitsgeschichte eingreift, des Pelasgervolkes. Für Griechen wie Römer ist es nur der verschwindende Ausgangspunkt ihrer Entwickelung, das Material ihres negativen und umformenden Arbeitens und Gestaltens.

Aber gleichwol bringen sie, die Pelasger, aus ihren orientalischen Urſitzen in der Form religiöser Dumpfheit und deren blutiger Gährung jenen unendlichen Inhalt, die unendliche Willenssubjectivität, schon mit,

---

der tuskischen Substanz noch fort. Die Auflehnung gegen die directe Herrschaft dieser hieratischen Oberherrlichkeit — das ist die Bedeutung der Periode der Tarquinier, ihres Sturzes und der darauf folgenden, für Rom zunächst so unglücklichen Kriege. Jene indirecte Herrschaft des tuskischen Elements im rein religiösen Gebiete aber besteht bis spät in die Kaiserzeit fort und muß fortbestehen. Denn indem der römische Geist in jenem oben genau entwickelten Proceß von der Religion zum Rechte überging, hat er nicht die Religion selbst zu einer neuen, seinem gegenwärtigen geistigen Wesen entsprechenden umgewandelt, sondern in ein anderes Gebiet ist er eingetreten, und jenes hat er nur in einer Art von geistiger Vergangenheit beibehalten, als das fortwirkende und dennoch aufgehobene Elementarische seiner Entwickelung. So, als ein Aufgehobenes, ist es ihm ein Dunkles geworden, das hinter ihm liegt und in dem er nicht mehr lesen kann, weil es nicht das seinem Wesen Entsprechende ist. Der pelasgische Etrusker producirt die systematische religiöse Wissenschaft, der Römer das System des jus. Als die Haruspices dem Tiberius Gracchus vorwerfen, er habe bei den Comitien, die zur Consulwahl gehalten wurden, etwas in den Auspicien — also in den mit dem öffentlichen Recht verknüpften religiösen Gebräuchen, die deshalb auch nicht zur tuskischen Competenz gehören — versehen, da antwortet er ihnen, so hohes Ansehen auch die Haruspices im rein Religiösen genießen, mit der höchsten Verachtung, sie auf jenen Unterschied hindrängend: „An vos Tusci ac barbari auspiciorum populi Romani *jus* tenetis et interpretes esse *comitiorum* potestis?“ (Cicero, De nat. deor. II, 4.) Das heißt: Wo Recht und Volkswille ins Spiel kommen, da hört das Religiöse auf, und da ist kein Platz mehr für die tuskische Substanz, der nur das rein Religiöse angehört. — Aus der vorherigen Entwickelung über die nothwendige Dunkelheit des Religiösen für die Römer ergibt sich auch die Nothwendigkeit, warum gerade bei ihnen der religiöse Aberglaube gipfelt. Er muß dies, gerade weil ihnen die Religion ein Fremdes und Ungegenwärtiges geworden ist, in welchem sie sich schlechthin nicht mehr sicher und selbstgewiß fühlen, und deshalb eine Beute jeder Superstition, jeder schwankenden Vermuthung werden müssen. Es ist die Unsicherheit, die daraus entsteht, das religiöse Princip nicht mehr in sich zu haben, und daher jedem Glauben als einem möglichen hingegeben zu sein. — Hieraus erklärt sich auch, warum Rom ein Pantheon aller Götter wird und den Religionen aller besiegten Völker Tempel baut. Es ist dieselbe Unlebendigkeit des Religiösen im römischen Geist, die dies ermöglicht.

welchen die Hellenen zur Freiheit der Kunst, und die Römer zur Freiheit des Rechts umbilden und entwickeln.

Wollte aber jemand jenen von uns auf so positive und so systematische Weise bewiesenen innersten Zusammenhang des römischen Erbrechts und des pelasgisch-etruriſchen Larenthums, des römischen heres und des tuskischen Lar, gerade weil ihm zu viel Licht und Tageshelle darin ist, in den Verdacht eines Träumens nehmen, — nun, so würden wir einem Solchen eine sehr nüchterne, sehr trockene, rein erbrechtliche Anekdote erzählen, oder vielmehr auf eine solche Bezug nehmen, die uns ein vollkommen nüchterner, vollkommen geistloser und somit doch gewiß vollkommen autoritätischer Schriftsteller erzählt! Es ist Valerius Maximus, den wir meinen, und dies Geschichtchen ist gleich das erste, welches er uns in seinem Kapitel de testamentis rescissis berichtet.[1] Ein Krieger kehrt aus dem Felde zurück. Aber durch das falsche Gerücht seines Todes getäuscht, hat sein inzwischen gestorbener Vater ihn enterbt (wahrscheinlich inter ceteros, vgl. S. 291 fg.), und andere Erben findet er im Besitz des ihm verschlossenen väterlichen Hauses. Verzweifelnd steht er da! Die Blüte der Jugend hatte er für die Republik hingegeben, die höchsten Gefahren und Mühseligkeiten getragen! Da wendet er sich an das Volk, er zeigt die Narben auf seiner Brust und ruft aus — es sind die einzigen Worte in der Stelle, die Valerius, der Tradition folgend, ihm selbst in den Mund legt —: „ne avitos ejus *lares* odiosa[2] ipsi urbi onera possiderent", „sie möchten sich in Acht nehmen, daß sie nicht seine väterlichen Laren als der Stadt selbst feindselige Bürden besäßen". Und so dringt er durch mit seinem Anspruch bei den Centumviri.

Jene von uns entwickelte innere Identität des Larenthums und des Erbrechts — wir sehen sie hier in dieser naiven Erzählung aus alter Zeit als das Positive des erbrechtlichen Stoffes hervortreten. Den Lar ruft der Jüngling auf, als er um sein Erbrecht streitet, und so kommt dieser hier in der einfach nackten Erzählung als der ideelle Träger und die innere Substanz dieses Rechts zum Vorschein, und jene von uns entwickelte Lehre über den geistigen Zusammenhang von Larencultus und Erbrecht erweist sich hier als die eigene Lehre des erbrechtlichen Stoffes. Den Lar, den bleibenden Willensherrn, ruft er auf, und zwar ruft er ihn auf als ein, wenn ihm der Bund der Versöhnung gebrochen wird, dem Volke selbst und dem ganzen Gemeinwesen feindseliges, drohendes Wesen. Denn durch jene Versöhnung hat er in ihm, dem suus, diesem von ihm selbstgesetzten Willensperpetuirer, seinen wahr-

[1] Memorab., lib. VII, c. 7, no. 1, II, 87 ed. Bip.

[2] Denn so muß offenbar statt des ganz sinnlosen otiosa gelesen werden.

haften unmittelbaren Erben, seine daseiende Willensfortexistenz, die er nur durch jenen, durch seine eigene Voraussetzung machtlosen Irrthum in den Worten verfehlte.[1] Wird ihm dieser wahrhafte Willensperpetuirer nicht gegeben und anerkannt, so ist ihm der Bund der Versöhnung gebrochen, seine Willensfortexistenz ist negirt, statt realisirt zu sein, und der Lar tritt wieder in sein altes negatives und furchtbares Verhältniß im Volksgeist. Nicht etwa blos die usurpirenden Erben, sondern die urbs selbst, dieses ganze specifische Gemeinwesen, das auf dieser Versöhnung beruht, hat mit Recht zu zittern bei diesem Bruch, bei diesem Wiederaufreißen des gähnenden pelasgischen Abgrundes, für dessen Schließung die Anerkennung der Fortexistenz des Lar im Erben die unerlaßliche Bedingung war!

Aber wir sagten oben, nicht nur vollbringt der Römer diese Versöhnung seiner nationalen Ursubstanz im Recht — oder richtiger vielmehr: er producirt durch ihre Versöhnung das Recht —, sondern er bringt diese seine nationale Ursubstanz im Recht auch noch zum Aus- und Abdruck und zur gebildeten Entwickelung. In der That! Noch auf dem Boden dieser Versöhnung erhebt sich von neuem und muß sich erheben, jetzt in gebildeter Weise, das alte negative Verhältniß des Lar und des Nachfolgers dieses bleibenden Willensherrn als das negative Verhältniß des Erblassers und Erben zueinander. Mit andern Worten: der Erblasser negirt den Erben, wie wir sahen (Nr. VI und VII), indem er diesem das eigene Interesse und somit die eigene Willenspersönlichkeit abzüchtigt, und darin gerade die absolute Gewißheit seiner Fortexistenz in ihm, seinen höchsten Triumph und metaphysischen Willenskitzel, die alleinige reine und adäquate Realisation seines Begriffs hat.

Dieses negative Verhältniß muß sich erheben, wie sich jetzt auch als reale historische Nothwendigkeit zeigt. Denn es ist ja nur dieselbe Substanz, die sich jetzt auf dem höhern Boden dieser Versöhnung, auf dem Boden des Rechts, aufrollt und abspielt. Nur daß natürlich jener negative Conflict, der in der Dumpfheit religiösen Insichseins den ganzen Menschen verzehrte, auf dem durch diese Versöhnung hervorgebrachten gebildeten Boden der Willensgeltung oder des Rechts sich auf die Negation des erbenden Eigenwillens und des von ihm beherrschten Vermögens beschränken muß.

---

[1] Wir haben daher oben bei der rein erbrechtlichen Erörterung gezeigt (S. 289—291, vgl. Note 3 daf.), daß und warum ohne jede Bezugnahme auf Billigkeit, Gefühlsrücksicht u. s. w., der Jüngling nach der reinen Strenge des civilistischen Erbrechtsbegriffs siegen muß, und dies durch die römischen Juristen bestätigt gesehen.

Alles, was wir früher überall über die tief-nothwendige Bedeutung des enterbten Erben als des echten und wahrhaften civilistischen Erbbegriffs gesagt haben, was wir sub Nr. VII über den Kampf zwischen Erblasser und Erben in der lex Furia, Voconia, Falcidia und über den durch die lex Falcidia schon gegebenen Verderb des civilistischen Erbbegriffs gesagt haben, was wir sub Nr. VII und IX über die Sitte der Fiduciarerbschaft und über die Treue gegen die Substanz des Volksgeistes, welche den verläßlichen Boden dieser Sitte bildet, was wir sub Nr. VIII über das formelle Gesetztsein dieser Enterbung im Mancipationstestament, sub Nr. X und XV über das testamentum calatis comitiis, über den das Testament durchdringenden Charakter des öffentlichen Rechts, über die gesetzgeberische Befugniß des Testators, über die höhere Kraft des Todten als des Lebenden, über das jus sepulcrorum und das legatum poenae nomine gesagt haben, was wir sub Nr. XIV über den Gegensatz von Legatar und Erben, und sub Nr. XV—XIX über die Bedeutung der Form der Legate gesagt haben, in welcher der Erblasser sich als den Fortgeltenden gegen den Erben zum Vorschein bringen will u. s. f. u. s. f., empfängt jetzt noch eine ganz andere Bedeutsamkeit. Wenn wir sub Nr. I noch assertorisch vorausschickten, daß der dort entwickelte Begriff der historische Begriff des römischen Volksgeistes sei, und dies dann an dem Stoffe nachwiesen, so haben wir jetzt erst die reale historische Nothwendigkeit nachgewiesen, warum dies der historische Geistesbegriff des römischen Volkes sei und sein muß. Es ist keine Seite dieses Bandes, welche nicht, von hier aus gelesen, noch eine ganz andere Perspective, eine noch weit tiefere inhaltliche Bedeutung empfängt. Jetzt auch haben wir erst die reale Nothwendigkeit jenes Ueberschreis nach Fortsetzung erkannt, den der Todte in der usucapio pro herede an jeden Vorübergehenden richtet, und den dunkeln Urgrund, aus welchem dieser Schrei herauftönt, ein Ueberschrei, welcher mit unvermeidlicher dialektischer Nothwendigkeit der Keim und Zwang der Abreibung seines civilistischen Geistes, und sein eigenes Verderben ist. Alles Entwickelte zeigt erst von hier aus seine typische, ursprüngliche Nothwendigkeit in der religiös-geistigen Substanz auf, welche dieses Volk überkommen hat, mit der es auftritt und zu wirthschaften hat, und deren Entwickelung zur Freiheit des Rechts sein eigenes specifisches Sein und seine historische Mission ist.

Als der Gegensatz auch in dieser gebildeten geistigen Form überwunden ist, als der Erbe den Erblasser bewältigt und in der Erbschaft sub beneficio inventarii offen das Vermögen als sein Princip proclamiren kann, — als so der Lar zum zweiten mal gestorben ist, da ist der Gegensatz nicht in dem römischen Volksgeiste überwunden — dies wird er nie —, sondern dieser Volksgeist selbst ist mit diesem Gegen-

satz erloschen, um einem andern Volke Platz zu machen, welches nun von Haus aus mit jenem Principe auftritt, auf welches sich hinzubewegen die Geschichte des römischen Geistes war, und welches er niemals erreichen konnte.

Noch aber kann die Frage entstehen, hat der römische Geist niemals irgendein zusammenfassendes Bewußtsein über sein hier nachgewiesenes Verhältniß zu seiner nationalen vorgeschichtlichen Ursubstanz, über seinen hier entwickelten geistigen Entstehungsproceß und dessen Bedeutung gehabt, und in deutlicher Weise ausgesprochen?

So wenig wir auch beabsichtigen, das, wie wir glauben, mit fester Hand Gewonnene dadurch zu gefährden, daß wir uns weiter auf das schwankende Gebiet der Mythendeutung begeben, so ist doch der Zwang zu groß, um nicht das, was unsere Entwickelung war, auch noch als das in unverkennbaren Zügen ausgedrückte eigene Selbstbekenntniß des römischen Geistes nachzuweisen. Wenn das Gebiet auch ein schwankender Boden ist, so kann der das systematische Princip seines Gehens in sich selbst tragende Schritt dennoch ein fester sein.

Es gibt einen dunkeln und wunderlichen Mythus in Rom, welcher seit je das Kreuz der Mythologen gewesen.

Es ist die Acca Larentia, von der wir sprechen und die wir bereits einmal im Laufe dieser Untersuchungen flüchtig haben berühren müssen.

Ihr Mythus, wie er aus dem Geschichtschreiber Macer bei Macrobius, aus Sabinus Massurius bei Gellius, aus Verrius bei Lactantius und andern erzählt wird, ist in Kürze folgender.[1] Sie ist die Amme des Romulus, nebenbei auch Mutter von zwölf Söhnen, von denen sie einen durch Tod verliert, und an seine Stelle Romulus annimmt. Auch nach diesen Berichterstattern, nach denen sie des Romulus Amme ist, ist sie eine Hure[2], und für den reichen aus diesem Stande erzielten Gewinn setzt sie, nach den Einen den Romulus, nach den Andern das römische Volk selbst zum Erben ein. — Ausgeführter wird ihr Mythus bei andern vorgetragen. Diese lassen sie unter der Herrschaft des Königs Ancus leben und erzählen, der Tempelhüter habe einst mit dem Gott Hercules Würfel gespielt. Dem Sieger sollte der andere eine Mahlzeit

[1] Livius, I, 4. Macrobius, Saturn., I, c. 10, p. 241 sq. A. Gellius, N. A., VI, 7. Lactantius, Inst., I, c. 20; p. 66 ed. Bip. Plutarch, Romul., p. 19, F., und Quaest. Rom., XXXV, p. 116 ed. Wyttenb. Augustin, De civ. dei, VI, 7. Festus, v° Larentalia, p. 119 M.

[2] „Sed Acca Larentia corpus in vulgum dabat, pecuniamque emeruerat ex eo quaestu uberem; ea testamento ut in Antiatis historia scriptum est, Romulum regem, ut quidem alii tradiderunt, populum Romanum bonis suis haeredem fecit"; Gellius, a. a. O.

und ein Freudenmädchen liefern. Hercules habe gewonnen, und so habe ihm der Tempelhüter darauf die berühmteste Hure jener Zeit, die Acca Larentia[1], nebst der Mahlzeit in sein Heiligthum eingeschlossen. Am andern Tage aber verbreitet sie das Gerücht, sie habe nach dem Beischlaf keine andere Belohnung von dem Gotte empfangen als die Pflicht oder den Auftrag (munus)[2], daß sie nicht den Vortheil der ersten Gelegenheit, die sich bei ihrer Nachhausekunft darböte, verachten möge. In der That wird sie, aus dem Tempel heraustretend, von dem Tusker Carutius begehrt; dem Götterauftrag gehorchend, gibt sie sich ihm hin, wird von ihm, einem sehr reichen Manne, dann geheirathet, gelangt nach seinem Tode in den Besitz aller seiner Güter, und als sie stirbt, verkündet sie als Erben das römische Volk.[3] Nach Macer lebt sie zur Zeit des Romulus und ist dessen Amme, heirathet aber gleichfalls den reichen Tusker Carutius, und setzt bei ihrem Tod den Romulus zum Erben der von jenem erlangten Güter ein.[4] Nach allen Berichterstattern gleichmäßig wird ihr wegen des Verdienstes, das sie sich dadurch erwirbt, daß sie Romulus oder das römische Volk zum Erben einsetzt, ein Tag in den Fasten Roms gewidmet und der Flamen des Quirinus vollbringt ihr das Opfer.[5]

Man muß gestehen, es ist eine wunderliche Kalenderheilige, diese Acca Larentia, und es ist begreiflich, wenn die Mythologen nichts mit ihr anzufangen gewußt haben. Creuzer sieht kurz und gut nichts anderes in ihr, als einen „aus einer italischen Herbstfeier entstandenen Mythus, dessen Elemente sind: Hercules, die Sonnenkraft, Acca Larentia, die von den Herbstregen getränkte Erde, welche aus ihrem Schose neue Saaten hervorbringt, wenn gewisse Tage des Kalenders wieder gewonnen

---

[1] „... illum Accam Larentiam nobilissimum per id tempus scortum intra aedem inclusisse"; Macrobius, a. a. O.

[2] „... post concubitum Dei accepisset munus, ne commodum primae occasionis, cum se domum reciperet, offerendae aspernaretur."

[3] „... cum decederet, populum Romanum nuncupavit heredem"; Macrobius, a. a. O.

[4] Macrobius, a. a. O.

[5] Gellius, a. a. O. Es sind göttliche Ehren, honores divinos, nach Augustin und Lactantius, a. a. O. So sagt auch Minucius Felix (Octav., c. 25, p. 157 ed. Lind.): „Sane et Acca Larentia et Flora, meretrices propudiosae inter morbos Romanorum *et deos computandae*." — Der Zusammenhang mit den Manen tritt bei ihrer Feier sofort in den Worten der Schriftsteller bedeutungsvoll hervor; Macrobius, a. a. O.: „Quo *Diis Manibus* ejus per flaminem sacrificaretur", und Varro, De L. L., VI, §. 23, 24: „... ut ajunt quidam ad sepulcrum Accae, ut quod ibi prope faciunt *Diis Manibus* Servilibus sacerdotes."

sind“[1], eine Deutung, die schon vor lauter Willkür gar keine Widerlegung verdient.

K. O. Müller wirft bereits einen bessern Blick.[2] Schon aus dem Namen der Larentia folgert er ihren sich darin offen genug aussprechenden Zusammenhang mit der Larenreligion, und belegt dies auch durch den Zusammenhang der römischen Feste, indem er nachweist, „daß am elften vor den Calenden des Januar ein Fest der Laren und am zehnten die Larentinalien gefeiert wurden, an welchen dem Jupiter als dem Seelengeber geopfert und der Acca Larentia parentirt wurde“.

Er ist deshalb sogar geneigt anzunehmen, daß sie von der Larenmutter Mania kaum verschieden, und aus der tuskischen Religion in die römische Mythologie hineingetragen worden sei, was nur noch eine gewisse Annäherung an das Richtige hat, aber bereits nicht mehr richtig ist. Wenn er aber sagt[3], daß sie auf sonderbare Weise aller göttlichen Würde entkleidet und schmählich erniedrigt worden ist, wenn er die Sage eine „merkwürdig verworrene Sage“ nennt, wenn er sagt[4]: „eine Buhlerin, lupa, heißt die Larentia wol nur durch Misverstand der Wölfin, die hier nach den Wölfen des Dispater auf dem Berge Soracte zu deuten sein möchte, aber zeitig mit der Wölfin des Mars, welche den Romulus säugte, vermischt worden ist“[5], — so spricht sich hierin nur

---

[1] Symbolik und Mythologie, 3. Ausg., I, 102.

[2] Etrusker, II, 103—105.

[3] A. a. O., S. 103: „Von der Larenmutter Mania ist wol kaum die Acca Larentia verschieden, die aus der tuskischen Religion in die römische Mythologie hineingetragen, aber auf sonderbare Weise aller göttlichen Würde entkleidet und schmählich erniedrigt worden ist.“

[4] A. a. O., S. 104.

[5] Gerade das Umgekehrte dieser letztern Vermuthung ist die Wahrheit. Eine Wölfin ist nur deshalb, dem gewöhnlichen Mythus zufolge, dem Romulus zur Säugerin gegeben, weil die Acca Larentia seine Amme, und diese eine Hure war, und weil lupa den Römern ebensowol Hure wie Wölfin bedeutet. Darum gibt man ihm dann statt der tropischen auch eine wirkliche lupa zur Säugerin. Unsere gesammte Deutung des Mythos wird dies von selbst beweisen. Aber auch unabhängig von dieser und durch die bloße Stelle des Livius wird, sowol durch seine reale Darstellung als durch seine eigene Erklärung, dieser Punkt fest bewiesen. Livius erzählt (I, 4), wie nach der Sage eine Wölfin den ausgesetzten Romulus und Remus gesäugt habe, und wie die Kinder darauf von dem Hirten Faustulus gefunden und an sich genommen worden seien, der ja von den Autoren so häufig als der Gatte der Larentia, der Amme des Romulus, genannt wird (s. die obigen Stellen). Demgemäß fährt auch Livius selbst fort: „Ab eo (Faustulo) ad stabula *Larentiae uxori educandos latos.* Sunt, qui Larentiam, vulgato corpore, lupam inter pastores vocatam putent; inde locum fabulae ac miraculo datum.“ Das also wußte man schon in Rom selbst, daß den Romulus eine Wölfin nur deshalb gesäugt hat, weil seine Amme, die Larentia, eine Hure,

das substantiellste Misverständniß des Mythos und die daraus fließende unberechtigte Willkür aus, das, was gerade die charakteristischsten und eigenthümlichsten, ihre Echtheit gerade hierdurch bekundenden Züge des Mythos sind, statt sie rein aufzufassen, für eine schmähliche Erniedrigung und sonderbare Entkleidung göttlicher Würde auszugeben.

Es ist vielmehr gerade das die frappante und rein aufzufassende Eigenthümlichkeit des Mythos, daß er von Anfang bis Ende einen gewissen nüchternen und auf der Erde stehenden Charakter hat, und diesen in einer so großen Zahl realster, wie aus der Wirklichkeit gegriffener Züge durchführt. Die Acca Larentia ist keine Göttin, und wird auch niemals zu einer solchen. Sie ist purer Mensch und aus der allergewöhnlichsten Klasse. Sie ist des Romulus Amme, sie ist ein Hirtenweib, sie ist auch eine Hure, und zwar, wie es bei Macrobius heißt, die berüchtigtste ihrer Zeit. Trotzdem sie schon einen Mann, den Faustulus, hat, heirathet sie auch einen andern, und zwar, wie die Berichterstatter mit einem merkwürdigen Realismus der Züge angeben, nicht irgendeinen andern, und auch nach den Versionen, die sie erst zu Ancus' Zeit leben lassen, nicht einen Römer, sondern gerade einen Tusker. Nach dessen Tod erlangt sie seine Güter und setzt das römische Volk zu Erben derselben ein, was wiederum sehr materielle und an der Erde klebende Züge sind.[1] Schon dies zeigt, daß wir es hier mit einem jener historisirenden Mythen zu thun haben, wie sie in Rom gerade besonders häufig sind. Auch bei ihrem Tode geht mit ihr selbst keine Verwandlung zu einer Göttin vor. Aber obwol sie im Tode wie im Leben Mensch bleibt — und obgleich dies wol noch nie ein Volk aus solcher Ursache für jemanden, und zumal für eine öffentliche Dirne gethan hat —, wird ihr ein Cultus gewidmet, und selbst göttliche Ehren erwiesen. Ja, die Verehrung dieser öffentlichen Dirne tritt so stark als die specifischste römische Religion hervor, daß Lactantius, nachdem er die heidnischen Religionen im allgemeinen besprochen hat und nun auf die specifische römische Religion übergehen zu wollen erklärt, sofort mit der Verehrung dieser Larentia den Anfang macht.[2]

Wie um die Verwirrung voll zu machen, blitzt in dies Gewebe

---

lupa, war. Und es bleibt zunächst nur übrig, zu wissen, warum die Amme des Romulus eine Hure gewesen ist.

[1] Cato bei Macrobius will sogar noch die Aecker bezeichnen, die auf diese Weise in den Besitz des römischen Volkes gekommen sind.

[2] Inst. div., I, 20: „Venio nunc ad *proprias Romanorum religiones*, quoniam de communibus dixi. Romuli nutrix Lupa honoribus est affecta divinis. Et ferrem, si animal ipsum fuisset cujus figuram gerit. Auctor est Livius, *Larentinae* esse simulacrum et quidem non corporis, sed mentis et morum etc."

realistischer Züge einmal eine Beziehung auf einen Gott hinein. Und hier ist wieder sehr eigenthümlich, daß es gerade ein nicht-italischer, fremder Gott ist, daß es Hercules ist, zu dem Larentia in Beziehung tritt. Noch eigenthümlicher aber ist die Art dieser Beziehung. Denn nachdem er sich mit ihr vermischt — was an und für sich in jenen Mythologien nichts Eigenthümliches wäre —, gibt er ihr statt jeder andern Belohnung die Pflicht auf, sich auch noch mit dem ersten besten Andern zu vermischen, mit dem sich ihr die nächste Gelegenheit dazu bieten werde. Dieser Andere ist aber niemand anders, wie durch den Effect sich zeigt, als eben jener Tusker, der sie heirathet und reich macht, und so ist denn in letzter Instanz die Vermischung mit dem Gott und sein Auftrag die wirkende Ursache der Vermischung mit dem Tusker und des hieraus auf das römische Volk herabströmenden reichen Erbsegens.

Wennschon durch diese bloße Betrachtung der gegliederten Züge im Zusammenhange mit unsern frühern Erörterungen das Dunkel des Mythus sich dämmernd zu lichten beginnt, so ist es, um zur Helle hindurchzubrechen, nur noch nöthig, zuvor Aufschluß über das Verhältniß zu bekommen, in welchem Hercules ursprünglich zu den italischen Völkerschaften erscheint.

Dies ist aber gar kein anderes, als daß er, nach einer in geschlossenster Uebereinstimmung bei den Alten[1] auftretenden Sage, auf seinem Zuge durch Italien als sittigende Potenz bei ihnen auftritt, indem er den bei ihnen bestehenden, dem Manen- und Unterweltsgott Dis geweihten Menschenopfercultus abschafft. Er thut dies dadurch, daß er die φῶτα, die sie nach dem Orakelspruche dem Gotte opfern sollen, nach der doppelten Bedeutung dieses Worts als Lichter statt als Männer auslegt, und sie Kerzen opfern heißt. Merkwürdig tritt hier sofort die Aehnlichkeit dieser Rolle heraus mit dem ganz Uebereinstimmenden, was uns oben (s. S. 442 fg.) Macrobius von dem Gründer der Republik, Junius Brutus, berichtet hat, welcher den von dem etruskischen Tarquinius auf Grund eines Orakels wiederhergestellten, den Laren gewidmeten Menschenopfercultus durch Umdeutung der Köpfe in Mohn- und Knoblauchköpfe abschafft. Aber — und es ist wahrhaft unbegreiflich, wie nicht einmal die äußerliche Zusammenstellung auf das richtige Verständniß derselben geführt hat — beide Stellen des Macrobius sind überhaupt ein und dieselbe, Macrobius macht selbst auf diese innere Aehnlichkeit aufmerksam, und reiht beide Erzählungen deshalb aneinander.

[1] Varro ap. Macrob., Saturn., I, c. 7, p. 232 ed. Bip.; Dionys. Halic., lib. I, c. 24, p. 30 ed. Sylb.; vgl. das. c. 13—16, p. 15—19 ed. Sylb.; Stephan. Byz., v° Ἀβοριγ.

Und nun ist nur erforderlich, jenen übereinstimmenden Bericht bei Macrobius u. A. in seinem Gesammtzusammenhange ausführlicher zu referiren, um eins der großartigsten Facta der Religons-, Völker- und Culturhistorie, und mit diesem durch bloße Zusammenfassung der einzelnen Züge das Verständniß des Mythos von der Acca Larentia zu gewinnen.

Aus ihren Sitzen ausgetriebene Pelasger — erzählt Macrobius aus Varro[1] — kommen, nachdem sie verschiedene Länder berührt, nach Dodona, jenem bekannten Sitze des alten pelasgischen Orakels, und ungewiß, wo sie sich niederlassen sollen, erhalten sie auf ihre Frage vom Orakel eine Antwort, welche ihnen aufgibt, nach Italien zu gehen, sich dort mit den Sikelern und Aborigenern, den bekannten Ureinwohnern dieses Landes, zu vermischen und dann dem Phöbus den Zehnten zu entrichten, die Köpfe dem Hades und die φῶτα dem Saturn. Sie gehorchen dem Orakel, erobern die Gegend und geben dem Apollo den Zehnten[2] der Beute, errichten dem Dis eine Kapelle und dem Saturn einen Altar[3], und nachdem sie lange Zeit hindurch dem Dis mit Menschenköpfen und dem Saturn durch das Schlachten von Männern geopfert, kommt Hercules auf seinem Zuge mit den Rindern des Geryon in diese Gegend und räth den Nachkommen jener Pelasger, daß sie jene unseligen Opfer mit glückbedeutendern vertauschen und künstlich gebildete Menschengesichtchen (oscilla) statt der Köpfe dem Dis darbringen und die Altäre des Saturn

---

[1] „Quod Pelasgi, sicut Varro memorat, cum sedibus suis pulsi, diversas terras petiissent, confluxerunt plerique Dodonam, et incerti quibus haererent locis, ejusmodi accepere responsum:

Στείχετε μαιόμενοι Σικελῶν Σατουρνίαν αἶαν
Ἡδ' Ἀβοριγενέων Κοτύλην οὗ νᾶσος ὀχεῖται
Οἷς ἀναμιχθέντες δεκάτην ἐκπέμψατε Φοίβῳ
Καὶ κεφαλὰς Ἄδῃ καὶ τῷ πατρὶ πέμπετε φῶτα."

Cf. Dionys. Halic., I, c. 24, p. 16 ed. Sylb.

[2] Man erinnere sich bei dem Zehnten, was Dionysius, a. a. O., S. 19, erzählt, wie die Pelasger deshalb von den Göttern mit Unglück heimgesucht, weil, nachdem sie ihnen den Zehnten von allem Ertrage gelobt, sie ihnen zwar den Zehnten an Früchten und Vieh, nicht aber den der Menschengeburt geopfert (vgl. den latinischen ver sacrum), worauf sich die Pelasger hierzu entschließen, nicht aber, ohne daß es zum Aufstand — der von den Vornehmsten und den Vorstehern der Städte ausgeht — und zur Spaltung kommt, weil sie sich über die Vertheilung des Zehnten nicht verständigen können, woraus nun die weitern Irrfahrten des fortziehenden Theils der Pelasger entstehen.

[3] „... vastatisque Siciliensibus incolis occupavere regionem, decima praedae, secundum responsum, Apollini consecrant, erectisque Diti sacello et Saturno ara, cujus festum Saturnalia nominarunt; cumque diu humanis capitibus Ditem et virorum victimis Saturnum placare se crederent propter oraculum etc." Macrobius, a. a. O.

nicht durch Menschenschlachten, sondern durch Anzündung von Lichtern feiern sollen, den Sinn des Orakels so besser erfüllend.[1]

Pelasger also sind es, welche zuerst jenen Menschenopfercultus des Unterweltgottes Dis zu den Ureinwohnern Italiens bringen, den wir oben als den Larencultus der Etrusker oder tyrrhenischen Pelasger, wie sie die Alten nennen, näher betrachtet haben. Daß der Menschenopfercultus der Pelasger, von dem Dionysius und Varro bei Macrobius hier sprechen, gar nichts anderes ist, als ein Larencultus, wäre schon aus dem Manengotte Dis[2], der als solcher eine so große Rolle in der etruskischen Religion spielt[3], von selbst klar, tritt aber auch noch in der ausdrücklichen und bedeutsamen Erwähnung der Laren bei diesen Pelasgern, die bei Dionysius in der angeführten Erzählung von jener Krise auftaucht, besonders hervor.[4] Und das so häufig constatirte Uebereintreffen, daß jede griechische Stadt, welche den dort so oft wiederkehrenden Namen Larissa trägt, sich historisch als ein Sitz und eine Colonie der Pelasger nachweise, empfängt jetzt eine neue Durchsichtigkeit und eine neue Tragweite.

Kaum wäre es jetzt noch nöthig, für das Verständniß des Hercules daran zu erinnern, was Diodor, dem alten Geschichtschreiber Timäus folgend, in den sinnlichen Zügen größtentheils ganz und gar verschieden, aber in der Idee schlechthin übereinstimmend, von dem Zuge des Hercules in Italien erzählt.[5] Dieser Repräsentant der letzten pelasgisch-hellenischen Colonie, die nach Italien kommt[6], durchwandert nach Diodor das Land der Liguren und der tyrrhenischen Pelasger (Etrusker)[7] — wo also für ihn kein Ort des Bleibens gewesen zu sein scheint — und schlägt an der Tiber, da wo jetzt Rom steht, sein Lager auf. Erst viele Menschenalter später sei Roma von Romulus erbaut worden. Damals sei nur der palatinische Hügel von Eingeborenen bewohnt gewesen, welche eine ganz kleine Stadt innehatten. Hier trifft Herakles freundlichen Empfang. Von den zwei angesehensten Männern dieser Hügelbewohner,

---

[1] Worauf nun Macrobius den Albinus Cäcina einwerfen läßt, ganz dieselbe Opferumwandlung werde ja auch in Bezug auf den Tarquinius und Brutus berichtet, und diese Geschichte erzählt.

[2] Vgl. oben S. 442, Note 2.

[3] Siehe K. O. Müller, Etrusker, II, 67 fg.

[4] Dionys., I, c. 16, p. 19: „καὶ πολλὰ ἐφέστια (lares) ὅλα ἐξηλείφθη, μέρους αὐτῶν μεθισταμένου κ. τ. λ."

[5] Diodor. Sic., lib. IV, c. 21, I, 335 ed. Dind.

[6] Vgl. die Resultate der Forschungen von Raoul-Rochette (Hist. des Colonies Grecques), Niebuhr, Dolomieu u. A.

[7] „Ἡρακλῆς δὲ διελθὼν τήν τε τῶν Λιγύων καὶ τὴν τῶν Τυῤῥηνῶν χῶραν κ. τ. λ."

Cacius und Pinarius, sei er äußerst gastfrei aufgenommen und beschenkt worden. Nicht nur das Andenken dieser Männer habe sich noch immer erhalten, sondern auch das Geschlecht der Pinarier, das älteste in Rom, dauere noch jetzt zu seiner Zeit fort. Herakles habe sich diese freundliche Gesinnung (τὴν εὔνοιαν) der Hügelbewohner wohl gefallen lassen und ihnen verkündet: wer nach seinem Heimgange zu den Göttern dem Hercules den Zehnten von seinem Vermögen zu weihen geloben werde, der werde ein beglückteres Leben haben.[1] Und wirklich dauere diese Sitte noch fort bis auf seine, Diodor's, Tage. Viele Römer, nicht blos solche von mittlerm Vermögen, sondern auch von den reichsten hätten gelobt, dem Herakles zu zehnten, und seien gerade darauf so mit Gütern gesegnet (εὐδαίμονας) worden, daß ihr Vermögen sich auf 4000 Talente belief. So habe Lucullus sein Vermögen schätzen lassen und dem Gotte den ganzen Zehnten geopfert durch Veranstaltung lang fortdauernder Schmausereien.[2] Die Römer hätten aber dem Gotte einen Tempel an der Tiber errichtet, um die Opfer aus dem Zehnten darzubringen.

Nach den vorher mitgetheilten Berichten kann die Bedeutung dieser von Diodor nach Timäus gegebenen Erzählung nicht mehr dem geringsten Zweifel unterliegen.

Der Vermögenszehnte, den Herakles bei jenen, die ihn freundlich empfangen, für sich einführt, der Zehnte, von dem er verspricht, daß er denen, die ihn zu weihen geloben, ein wohlbeglückteres Leben schaffen werde, und der — ganz wie in dem Mythus der Acca Larentia, die durch den Rath des Gottes dem römischen Volke zu Stande gebrachte reiche Erbschaft — in der That einen so reichen irdischen Segen nach sich zieht, er ist nicht ein Zehnten, den Herakles sich einführt, er ist die Einführung des herakleischen Princips in den Zehnten; er ist jene Umwandelung des den Unterweltsgöttern gespendeten Menschenzehnten in einen Vermögenszehnten, die wir nach Dionysius, Varro und Stephan von Byzanz den Herakles bei den mit den Aborigenern vermischten Pelasgern haben vollbringen sehen.

Und gleichsam damit dem eigenen Denken auch nicht das Geringste übrig bleibe, und um uns in den Stand zu setzen, einen mathematischen Beweis zu führen, ist uns bei Plutarch die Nachricht erhalten: Herakles habe die Römer von einem Zehnten, den sie den

---

[1] „. . . προεῖπεν αὐτοῖς, ὅτι μετὰ τὴν ἑαυτοῦ μετάστασιν εἰς τοὺς θεοὺς τοῖς εὐξαμένοις ἐκδεκατεύσειν Ἡρακλεῖ τὴν οὐσίαν, συμβήσεται τὸν βίον εὐδαιμονέστερον ἕξειν."

[2] Ebenso Sulla (siehe Plutarch, I, 474 A.) und auch Crassus (siehe Plutarch, das., S. 543, C.).

Etruskern bis dahin zu entrichten gehabt hätten, befreit[1], und es wird dabei von Plutarch die Frage aufgeworfen, ob diese Thatsache nicht der Grund davon sei, daß so viele reiche Römer dem Herakles ihr Vermögen verzehnten. Herakles führt also gar nicht einen Zehnten für sich ein, sondern er befreit die Römer von jenem Zehnten, den sie der etruskischen Substanz entrichten, er vollbringt und bedeutet die Umwandelung des pelasgisch-etruskischen in den deshalb ihm gewidmeten Vermögenszehnten.

Nachdem jetzt aber die Bedeutung des herakleischen Princips für die italische Mythologie ins Klare gestellt ist, bedarf auch der Mythus der Acca Larentia nur noch der Zusammenfassung seiner Züge, um in voller Klarheit seine großartige Bedeutung zu enthüllen.

Wenn in der Erzählung des Varro und Dionysius ethnographische und religionsgeschichtliche Züge von hohem Interesse hervortraten, so ist in dem Mythus der Acca Larentia noch etwas ganz Anderes gegeben.

Es ist einer der wunderbarsten und gewaltigsten Mythen, die uns das Alterthum hinterlassen hat, und statt irgend entstellt und verdorben zu sein, bedarf er in wahrhaft künstlerischer Vollendung nicht eines Zuges mehr, und kann nicht einen entbehren, um jenen weltbewegenden Hergang auszusprechen, den er in tiefer Bedeutsamkeit ausspricht.

Acca Larentia, das Wesen, an dessen Brüsten Rom gelegen hat, personificirt in seinem Gründer Romulus, ist ein Mischwesen, eine Hure, wie Rom den Charakter der Völkermischung, aus dem es entsprungen, naiv und treu darstellt.

Sie ist die Frau des Hirten Faustulus, der jenen palatinischen Hügelbewohnern entspricht, die nach Diodor den Herakles so bereitwillig aufnehmen. Doch sie ist Hure, und als solche vermischt sie sich mit dem Tusker Carutius. Aber sie hat sich auch mit Herakles vermischt und den Einfluß dieses Princips in sich aufgenommen.

Die Vermischung mit dem Gotte war nach dem Mythus, der die Aufeinanderfolge umkehren muß, um die objective Entwickelung des Seins zu einem plan- und zwecklos Gewollten göttlicher Fürsehung zu machen, die treibende Veranlassung zu der Vermischung mit der tuskischen Substanz. Der hierauf hinauslaufende Rath ist die einzige und höchste Belohnung, die ihr der Gott für ihre Vermischung mit ihm geben kann, ein zukunftsvoller Götterauftrag, dem Acca Larentia, treu ihrem Metier, gehorsamt.

---

[1] Plut. Quaest. Rom., p. 267, E., II, 95 ed. Wytt.: „Διὰ τί τῷ Ἡρακλεῖ πολλοὶ τῶν πλουσίων ἐδεκάτευον τὰς οὐσίας; ... Ἢ ὅτι Ρωμαίους ὑπο Τυβρηνῶν δεκατευομένους ἀπήλλαξεν."

Indem sie sich mit beiden mischt, mit der tuskischen Substanz und dem herakleischen Princip, und so die Vermischung beider miteinander in sich selbst bewirkt, ist hierdurch jene negative Stellung der tuskischen Substanz (s. oben S. 444 fg., 445—450) überwunden. Das herakleische Princip ist in sie eingeführt, der Abgrund der Unterwelt ist geschlossen, der Vermögenszehnten ist an die Stelle des Menschenzehnten, das Opfer von Kerzen an die Stelle des Menschenopfers, das Opfer von Bildchen und von Mohn- und Knoblauchköpfen an die Stelle desjenigen von Menschenköpfen getreten, und die Larenmutter Mania aus ihrer unterweltlichen verzehrenden Stellung herausgerissen und in ein heilbringendes Wesen der Lebendigen verkehrt worden (s. oben S. 443). Das ist der reiche irdische Segen, der aus der Mischung mit dem Etrusker nach dem Beischlaf mit dem Gott auf das römische Volk herabströmt. Jetzt wissen wir auch, warum es bei Macrobius heißt, daß der Menschenopfercultus der Laren und der Mania von dem etruskischen Tarquinius nicht eingeführt, sondern wiedereingeführt, wiederhergestellt worden ist (restituti, s. oben S. 442).

Auf welche Weise gelangt denn aber im Mythus der Acca Larentia das römische Volk zu jenem aus dieser Ueberwindung der negativen Richtung der etruskischen Substanz auf es herabströmenden reichen irdischen Segen? In merkwürdiger Vollendung antwortet uns darauf der Mythus selbst: „cum decederet, populum Romanum *nuncupavit heredem*“.[1] Als Larentia, die Amme des Romulus, stirbt, nuncupirt[2] sie, verkündet sie das römische Volk als testamentarischen Erben! Nicht das Object der Bereicherung, nicht die fabelhaften Aecker, sondern das Mittel der Bereicherung selbst, das Testament, ist der reiche Segen, der sich aus jener Ueberwindung der negativen Richtung seiner pelasgisch-tuskischen Substanz auf das römische Volk herabergießt, der mit dieser durch die Mischung vollbrachten Ueberwindung sofort gegeben und vorhanden ist.

Die pelasgische Substanz, die unendliche Willenssubjectivität des Lar, aus seiner negativen Stellung, die er in der religiösen Vorstellung einnimmt, herausgerissen, ist der im Erben fortexistirende Lar und darum seine von ihm selbst gesetzte Willensfortexistenz oder der testamentarische Erbe! — Die unendliche Willenssubjectivität aus der

---

[1] Macrobius, a. a. O., S. 242. Es ist bemerkenswerth, daß die römische Tradition bei der Angabe, wie Acca Larentia zuvor selbst das Vermögen von ihrem tuskischen Gatten nach dessen Tode erlangt habe, nie von Testament, auch nicht einmal von hereditas überhaupt spricht, sondern da heißt es nur: „post obitum viri *omnium bonorum ejus facta compos*“; siehe Macrobius, a. a. O.

[2] Bekanntlich der solennelle Ausdruck für die älteste civilistische Testamentsform.

Unterwelt, in welche sie das dumpfe Insichsein der religiösen Vorstellung versenkt, herausgerissen und gesetzt als geltend oben in der geistigen Wirklichkeit der Lebenden — das ist das Recht überhaupt. Durch das Testament, wie wir oben sagten (s. S. 447), ist der Abgrund der Religion geschlossen und der Orcus zur Oberwelt oder zum Recht heraufproducirt. Das Testament und das Recht — das ist der reiche irdische Segen, der ein „beglückteres Leben hervorbringende" Segen (τὸν βίον εὐδαιμονέστερον ἔξειν) des römischen Volkes, der ihm aus jener mischenden Ueberwindung seiner pelasgisch-tuskischen Substanz stammt!

So ist Acca Larentia nur die eigene Selbstpersonification und Selbstanbetung Roms; es ist nur die Gestalt, in welcher Rom seinen eigenen historischen Genius anschaut und als göttlich verehrt. Alles, was wir oben aus dem Begriff entwickelt, das haben wir hier als die eigene, aber wieder nur dem Begriff lesbare Runenschrift des alten Mythus wiedergefunden![1]

Jetzt wissen wir auch, warum es bei Sabinus Massurius[2] heißt, Acca Larentia sei Mutter von zwölf Söhnen gewesen, von denen sie einen durch den Tod verloren und an dessen Stelle sie Romulus eingesetzt habe.

Es ist die deutlichste Beziehung auf den berühmten etruskischen Zwölfstädtebund, wie denn ja auch die Etrusker bei der Ausbreitung ihrer Herrschaft im Tiber- wie im Paduslande zwölf Städte gegründet haben sollen[3] und die frühere Abhängigkeit Roms von etruskischer[4] Suprematie, die in der Periode der beiden Tarquinier so deutlich ausgesprochen ist, im allgemeinen lange anerkannt ist.[5]

---

[1] Jetzt sehen wir auch, daß es richtig ist, wenn K. O. Müller (siehe oben S. 445) im Namen der Larentia die klare Beziehung auf Lar erkennt; aber falsch, wenn er sie mit der Larenmutter Mania identificiren will. Sie ist das von den Laren herkommende, aber überwundene, umgewandelte Wesen derselben. Jetzt begreift sich auch, warum im alten Kalender unmittelbar auf das Fest der Laren das der Larentia folgt.

[2] Bei Gellius, N. A., VI, c. 7.

[3] Siehe K. O. Müller, Etrusker, I, 73, 131, 168, 344 fg.

[4] Jetzt begreift sich auch, wie so Dionysius v. Halic. (I, 29) bei so vielen griechischen Schriftstellern die Meinung finden kann, daß Rom eine etruskische (tyrrhenische) Stadt sei, und Herakleides Ponticus (ap. Plutarch. Camill., 22) sie dennoch eine hellenische Stadt nennen kann.

[5] Niebuhr, Römische Geschichte, 2. Ausg., I, 425: „Ich will hierüber nicht weiter grübeln, aber in dieser Darstellung, wie in der gewöhnlichen von L. Tarquinius Priscus, ist die Ansicht klar, daß Rom einst tuskische Formen von einem Fürsten dieser Nation erhalten habe und die große und glänzende Hauptstadt eines mächtigen etruskischen Staates war"; vgl. K. O. Müller, Etrusker, I,

Es hat sich uns so eine feste Grundlage für die Entwirrung der gesammten Sagen- und Ursprungsgeschichte Roms ergeben, die hier nicht weiter verfolgt werden kann, aber nur geistig festgehalten zu werden braucht, um zur Aufwickelung dieses Knäuels zu führen.

Servius, den man den historischen Romulus nennen könnte, dessen mythisch vorausgeworfener Schatten Romulus nur ist, er, von dem wirklich specifisch-römischer Geist und Verfassung stammt, trägt wieder denselben Mischcharakter, das Dasein der tuskischen Substanz und die Ueberwindung derselben, durch seinen Ursprung auf der Stirn. Auf dem Herde des etruskischen Königs Tarquinius Priscus, da, wo die Römer die Sacra verrichten[1], da entsteht plötzlich aus der Asche ein männliches Zeugungsglied. Und zwar ist es, wie die Sage ausdrücklich berichtet, der Lar, der diese Gestalt angenommen hat. Er wird zuerst von einer latinischen Sklavin gesehen, die es der Königin Tanaquil hinterbringt. Diese, tief erfahren in etruskischer Divinationswissenschaft, verkündet dem König, der Schicksalsbeschluß sei, daß ein mehr als menschliches Geschlecht[2] aus dem Weibe hervorgehe, welches sich mit diesem Zeugungsglied vermischen werde. Aber Tarquinius beschließt zum Unglück seines Hauses, jenes Weib selbst, das ihn zuerst gesehen, solle den Beischlaf mit ihm vollziehen. Und so entspringt aus der Vermischung des tuskischen Lar mit der latinischen Sklavin — Servius Tullius, der König von Rom wird und die römische Verfassung gründet.[3]

121—123. — Insofern aber Niebuhr in den angeführten Worten von den tuskischen Formen, welche Rom von einem Fürsten dieser Nation erhalten hat, den von ihm zuerst durch die Rede des Claudius in seiner Identität mit dem tuskischen Mastarna nachgewiesenen Servius Tullius meint, auf den die Römer ihre Verfassung zurückführen, greift sein durch historischen Blick nur ganz im allgemeinen in richtiger Richtung getriebenes Vermuthen völlig fehl. Servius Tullius-Mastarna ist gerade enttuskerndes, das specifisch Römische producirendes Moment, worüber hier im Text nur eine kurze Andeutung folgen kann.

[1] „Ἐφ' ἧς ἄλλας τε συντελοῦσι Ρωμαῖοι ἱερουργίας κ. τ. λ.

[2] „ὅτι γένος ἀπὸ τῆς ἑστίας τοῦ βασιλείου πέπρωται γένεσθαι κρεῖττον ἢ κατὰ τὴν ἀνθρωπείαν φύσιν ἐκ τῆς μιχθείσης τῷ φαντάσματι γυναικός."

[3] Siehe den Bericht bei Plinius, XXXVI, 70. Dionysius v. Halic., IV, 2, p. 207 ed. Sylb. (aus welchem die angez. Stellen). Arnobius, Adv. gent., V, c. 17, p. 178. Ovid, Fast., VI, 627. — Plinius sagt ausdrücklich lar, und Dionysius übersetzt das lateinische lar ganz richtig und genau, wenn er ihn einen κατ' οἰκίαν ἥρως nennt; vgl. über den aus dem Larendienst entsprungenen Heroendienst der abgeschiedenen Vorfahren Isaak Casaubonus zu Sueton. Caes., c. 88, p. 226 ed. Wolf., und Raoul-Rochette in den Monumens inédits, wonach auf Denkmalen die abgeschiedenen Seelen häufig als ἥρωες vorkommen und ihre Grabmäler ἡρῶα genannt werden, womit wieder die sprachliche Bemerkung über ἥρως oben, S. 189, Note 3, zu vergleichen ist.

Also auch Servius, der specifische Schöpfer des Römischen, ist nur dies — ganz wie wir dies im Mythus der Acca Larentia gesehen haben —: hervorgegangen zu sein aus tuskischem Larenthum, aber nur durch seine mischende Ueberwindung.[1]

Dieser Servius selbst ist es nun, welcher nach den Zeugnissen der Alten zur Erinnerung an seinen Ursprung den Laren die Spiele der Compitalien stiftet.[2] Das sind aber eben die Laren in ihrer neuen Wendung, die Laren, die jenen Scheideweg in sich schon eingeschlagen haben, die Laren in ihrer versöhnten Wendung zum Guten und als frohe Heilsgötter, zu denen sie sich durch jene Ueberwindung ihres negativen Wesens umwenden (siehe oben S. 442 fg.). Dies tritt, wie in dem Namen[3] dieser Compitalia, nach welchen die Laren auch lares compitales genannt werden, so auch in den Berichten der Alten und in den Gebräuchen dieses Festes deutlich hervor. Es sind Spiele und Freudenfeste, und es reicht hier hin, an den charakteristischen Zug zu erinnern, daß an diesen Festtagen der Laren die Sklaven volle Freiheit gleich ihren Herren genießen[4], in deutlicher Erinnerung daran, daß es ihr eigenes Freiheitsfest ist, das Fest ihrer Befreiung von der religiös-hieratischen Herrschaft, das die Römer hier feiern. So auch begreift sich erst die große, von ihnen selbst nicht erklärte Wichtigkeit, mit welcher Dionysius und Andere die Gründung dieses Festes als eine der Hauptverordnungen des Servius anführen.

---

[1] Ja, diese Identität ist so unleugbar, daß ebendeswegen der Ursprung von Romulus selbst auf solche Zeugung zurückgeführt wird; siehe Plutarch, Romul., c. 2.

[2] Plinius, a. a. O.; Dionysius v. Halic., IV, p. 219 ed. Sylb.; A. Gellius, N. A., X, 24.

[3] Compitalia werden nämlich diese Spiele genannt von compitum, Scheideweg, weil sie ihnen nach Servius' Verordnung an Scheidewegen gefeiert werden, worin aber nichts anderes als wiederum, unter Anspielung auf den bekannten Mythos vom Scheideweg des Herakles — dem deshalb auch die Scheidewege heilig sind — die Beziehung auf jenes herakleische Princip und auf die durch dasselbe in ihnen vollbrachte Umwendung zu freundlichen, versöhnten, durch Spiele ergötzten Göttern hervortritt. So werden jetzt die Laren auf Kreuz- und Scheidewege gesetzt (Servius bei Dionysius, a. a. O., befiehlt, daß ihnen an allen Scheidewegen Heiligthümer errichtet werden müssen), zu denen sie, die ins Innerste des Hauses gehören, sonst nicht die geringste Beziehung haben, und es entstehen lares compitales, viales u. s. w. So begreift sich auch das Verbot bei Cato in Bezug auf die Laren: „Rem divinam nisi compitalibus in compito, aut in foco, ne faciat."

[4] Siehe die Stellen auf S. 465, Note 2, und Cicero, Epist. ad Attic., VII, 7; Horatius, Od. III, 17, 14, und Mitscherlich dazu; vgl. Hempelius de Diis Laribus, p. XLIII sq., und Morestellus de fer. Rom., Dialog. XI, in Graevii Thes. Antiqu., VIII, 803 sq.

Allein wenn wir sagten, nur den Laren in dieser versöhnten Wendung stiftet Servius diese Compitalia, und er ist es, der diesen Cultus ihrer als versöhnter Wesen einführt, und dies ist die Bedeutung der Compitalia, so ist dies alles ja am entscheidendsten dadurch erwiesen, wenn wir uns noch einmal der Stelle des Macrobius (Sat. I., c. 7) zuwenden. Denn aus dieser erfahren wir ja, daß Tarquinius gerade gegen diese von Servius den Laren gestiftete Compitalia auftritt und an Stelle dieser den laribus compitalibus gefeierten Wendespiele den Laren und der Mania den alten Menschenopfercultus wiederherstellen will.[1]

Aber so sehr auch die alte etruskische Substanz gewaltig von neuem anstürmt, sie kann des versöhnten Geistes nicht mehr Herr werden. Die Periode des Tarquinius Superbus, die Eroberung Roms durch Porsenna ist diese Periode des römischen Kampfes für das specifisch-römische Bewußtsein, für seine Befreiung, Herausentwickelung und Losreißung von der hieratischen Herrschaft des religiösen Elements, die trotz der vorübergehenden tuskischen Waffenerfolge nicht mehr aufgehalten werden kann. Die Religion kann des Rechts nicht mehr Herr werden! Aber in der Erinnerung Roms behauptet sie sich noch als die Grundlage seines Entstandenseins, wie sich dies (s. oben S. 447 fg.) in dem eigenthümlichen Verhältniß Roms zu etruskischer religiöser Disciplin zeigt, und in den Iden des Mai, im Frühlingsäquinoctium, stürzen noch zu des Dionysius Zeit im feierlichen Aufzuge die Pontifices, die Vestalinnen und die Prätoren — als sollte jenes Hervorgegangensein des Rechts aus der Religion durch dieser Gegenwart angedeutet werden — dreißig Bildchen von Menschen von der heiligen Brücke in den Tiberstrom, und Dionysius selbst erzählt, daß ihnen dieser Gebrauch von Hercules gelehrt worden sei, der einen Altar auf dem saturnischen Hügel gegründet, die Menschenopfer bei ihnen abgeschafft und, um die erzürnten Götter wegen der Vernachlässigung der heimischen sacra zu versöhnen, jene bildliche Opferung angeordnet hätte.[2]

So hat sich denn durch allmähliches und systematisches Zurückgehen ein großes Stück Vorgeschichte unsern Augen enthüllt, und wenn Niebuhr (a. a. O.) noch ausruft, daß sich hier nur „von der Höhe her einige Punkte in grauer Ferne kenntlich zeigen, die, wenn man herabstiege, um

[1] „Qualem nunc permutationem sacrificii, Praetextate, memorasti, invenio postea *Compitalibus celebratam*, cum ludi per urbem in compitis agitabantur, *restituti* scilicet a Tarquinio superbo Laribus ac Maniae", heißt es bei Macrobius. Die Lares, denen Tarquinius ihre Feier restituiren will, treten in der Stelle von selbst in Gegensatz zu den lares compitales.

[2] Dionysius v. Halic., I, c. 24, p. 30 ed. Sylb.

sich ihnen zu nähern, sich sogleich wieder aus dem Blick verlieren“ [1], so haben sich uns vielmehr in Bestimmtheit die scharf geschnittenen Umrisse dieses Entstehungsprocesses und seiner geistigen Factoren ergeben.

Der Zusammenhang aber, der uns zu diesen Untersuchungen trieb, war kein willkürlicher, er war die treibende Seele des Stoffes selbst. Wo das Recht in seiner Tiefe erfaßt wird, da wird ganz mit derselben Nothwendigkeit auf die Entstehungsgeschichte *Roms* hingetrieben, mit welcher die Entstehung Roms sich zur Production des *Rechts* getrieben hat.

Das allgemeinste philosophische Resultat aber, das sich uns aus diesen Entwickelungen ergeben hat und mit welchem wir dieselben schließen

---

[1] Der principielle Unterschied der hier entwickelten Auffassungsweise von der Niebuhr'schen muß von selbst klar sein. Niebuhr faßt den vorgeschichtlichen Stoff, insbesondere die Periode der Tarquinier, als *freie Poesie* auf; er sieht in ihnen ein Heldenlied, ein Nibelungenlied „von der Helden Noth“. Geschichtliche Sage und Mythos ist aber *niemals* freie Poesie, und am wenigsten bei den Römern. Es ist mythische Verarbeitung eines sehr realen, geistig-historischen Inhalts, der aus dieser seiner ihn oft bis zur Unkenntlichkeit treibenden Umbildung nur herausgelöst sein will. Aus jenem Verhältniß Niebuhr's zum geschichtlichen Stoff fließt seine Ueberlegenheit in rein kritischer Beziehung, und seine Schranke, das Positive in jenem Sagenstoffe zu erkennen. Daher der totale Gegensatz in den Resultaten, zu denen sich seine Betrachtungsweise gegen die obige treiben muß. So sieht er z. B. (2. Ausg., II, 572) in der Erzählung, daß Tarquinius Menschenopfer eingeführt habe, eine aus bloßem Parteigeist entstandene Erdichtung, oder (das. S. 609) in der von ihm selbst angezogenen Nachricht des Plutarch, daß Hercules die Römer vom etruskischen Zehnten befreit habe, den allegorischen Ausdruck davon, daß sie es „durch eigene Kraft“ gethan haben, und will die Nachricht deshalb auf die durch Porsenna den Römern auferlegte Abhängigkeit beziehen. Wir glauben durch eine vollständigere Betrachtung des hier einschlagenden Stoffes gezeigt zu haben, wie in dem letzten Factum so wenig von einer Allegorie, als in ersterm von einer Parteierdichtung die Rede ist. Beide Nachrichten, scheinbar so getrennt, hängen vielmehr ganz miteinander, hängen wiederum ebenso, wie sich gezeigt hat, mit einer Masse scheinbar ebenso unabhängiger und selbständiger Ueberlieferungen auf das innigste zusammen, und sind Züge in diesem großen Gewebe, welches die religionsgeschichtliche Umwälzung und den Bildungsproceß des specifisch-römischen Geistes heraustreten läßt. Wenn nach dem, was wir zuletzt über Servius angedeutet haben, die Acca Larentia, die des Romulus Amme ist, nach so vielen Berichterstattern erst unter *Ancus Martius* gelebt und zu *seiner Zeit* sich mit *Herakles vermischt haben soll*, so leuchtet jetzt durch die bloße Betrachtung, daß dieser Ancus der König ist, der *unmittelbar* vor der tarquinischen Herrschaft (L. Tarquinius Priscus) und dem in ihr erfolgenden Auftreten des Mastarna-Servius herrscht, ohne daß dies hier weiter verfolgt werden kann, von selbst ein, in welchem innigen Zusammenhange es mit dem oben Nachgewiesenen steht. — Nicht ein Heldenlied, sondern die Residua eines der größten und wahrsten culturhistorischen Processe, und der wahrhafte Entwickelungsproceß des *specifisch römischen* Geistes ist es, den wir in jenen Mythen vor uns haben.

wollen, ist folgendes. Pelasger und Römer, Pelasger und Hellenen, dies, was wir als ein reales völkergeschichtliches Verhältniß auszusprechen pflegen, stellt ebenso sehr ein reines Verhältniß der Idee, den Uebergang und Durchbruch derselben Substanz aus einer Form des menschlichen Geistes in eine höhere dar, den Uebergang der unendlichen Subjectivität aus der Form der phantastischen Innerlichkeit der Religion, bei den Hellenen in die höhere Form und Realisation der Kunst, bei den Römern in die höhere Form und Realisation des Rechts.

Die Religion bleibt bei beiden Geistesgestalten hinter ihnen liegen, bei den Römern als jener überwundene Zusammenhang mit seiner mütterlichen Wurzel, wie wir dies oben (S. 446 fg.) gezeigt, bei den Griechen, wo dies nur sinnlich weniger stark in die Augen tritt, dadurch, daß der religiöse Boden, wie schon bei Homer der Fall, nur zum Ferment und Stoff für die umgestaltende Thätigkeit der Kunst genommen wird.

XLII. Schluß.

Wir glauben nunmehr den Zweck, den wir uns gestellt, vollständig erreicht und das römische Erbrecht in seiner dogmatischen Entfaltung, wie in seiner historischen Bewegung auf das strengste als das Dasein des speculativen Begriffs nachgewiesen zu haben, den wir sub Nr. I als den culturhistorischen Inhalt des römischen Volksgeistes entwickelt haben; des Begriffs der Unendlichkeit und Perpetuirung des subjectiven Willens, oder, wie wir dies, um Analogie und Unterschied mit andern Stufen des welthistorischen Geistes bestimmt hervorzuheben, schon dort darlegten: des Begriffs der Unsterblichkeit des Geistes, der aber noch nicht als Geist aufgefaßt wird, sondern sich vorerst nur auffaßt als der der objectiven Außenwelt entgegengesetzte, und daher mit ihr als seinem nothwendigen Gegensatze behaftete und sich auf sie beziehende subjective Wille der Person.

Aus dem so gefaßten speculativen Begriff in dieser seiner concreten Präcision ergibt sich sofort das Gesammte des römischen Erbrechts, Dogmatik wie Geschichte.

Nur von diesem speculativen historischen Begriff aus begreift sich der wahrhafte Geist des römischen Erbrechts; nur so entwickelt und gestaltet sich von selbst der gesammte erbrechtliche Stoff bis in seine einzelnsten Sätze hinein, wie wir hinreichend zeigten, zu einem consequenten Systeme immanenter Vernunft, während es sonst im Ganzen

wie in seinen Einzelheiten durchaus misverstanden wird. Nur so begreift sich auch die Geschichte dieses Rechts als eine innerlich zusammenhängende Gedankenbewegung, bei der das Speculative und Interessante darin besteht, das Gedoppelte zu begreifen: wie in dieser Fortbewegung der ursprüngliche speculative Begriff (das alte Civilerbrecht) ebenso sehr beständig schrittweise von sich abläßt, sich veräußerlicht und in sein Gegentheil (die Erbschaft als Vermögenserwerb) überzugehen anfängt, als diese Bewegung andererseits wiederum beständig den innern Zusammenhang mit dem speculativen Begriff des Civilerbrechts noch bewahrt, sich dieser Wurzel nie entäußert, und noch in ihrem Ablassen von ihm unter seiner treibenden Einwirkung steht. Charakter wie innere Nothwendigkeit dieser Fortbewegung haben wir aufgezeigt. Denn wir haben gesehen, wie ursprünglich der speculative Begriff des Erbthums als der identischen Willensperpetuirung sich ohne Rücksicht auf das Vermögen und selbst im schroffsten Gegensatz zu dem Vermögen verwirklicht; wie aber das Erbthum eben hierin an dem selbständigen subjectiven Willen des Erben, der im Gegensatz zum Vermögen gebracht, immer häufiger auszuschlagen anfängt, das innere Moment seiner Reibung findet[1], und daher den individuellen Willen des Erben für die Herstellung der Willensidentität erst durch sein persönliches Interesse interessiren muß (lex Falcidia), einen Uebergang des Erbthums, den man als den Grundsatz sacra non sine pecunia aussprechen kann, und der somit innerlich durchaus übereinstimmt und zusammentrifft mit dem Grundsatz sacra cum pecunia, der sich inzwischen aus der äußersten subsidiären Falte des Intestaterbrechts, der usucapio pro herede, zu einem selbständigen, besondern und subsidiären Erbrecht, dem Erbrecht als Vermögenserwerb oder der prätorischen bonorum possessio heraus entwickelt hat.

Mit der lex Falcidia ist also auch der civilistische Testamentsbegriff bereits an sich in dasselbe übergangen, was das subsidiäre prätorische Erbrecht seinerseits ist. Der Erblasser soll seine Fortexistenz sichern, indem er den Erben für die Verwirklichung des testamentarischen Willens bestimmt. Dies hat er auch erreicht; allein indem er dies nur dadurch erreichte, daß er das persönliche Interesse des Erben befriedigen mußte, hat er an sich den Willen desselben bereits

[1] Daß der realiter enterbte Erbe ausschlägt, ist, wie wir wiederholen müssen (s. Nr. VII), nicht äußerlich und zufällig zu nehmen, sondern es zeigt sich darin nichts anderes, als daß der Wille des Erben, den der Erblasser als das Dasein seines Willens setzt, vielmehr ein anderer und verschiedener von ihm ist; d. h. es zeigt sich darin der Kampf des Erbthums mit seiner eigenen Voraussetzung.

als einen andern, übergreifenden und den Erblasser negirenden (während ja dieses Letztern Wille die zu perpetuirende und als fortbestehend aufzuzeigende ursprüngliche Substanz des Erbthums war) anerkannt. Er hat den Erben als nothwendigen Vermögensnehmer anerkannt, oder als seine, des Erben, Substanz das Vermögen gesetzt. So hat sich denn auch die civilistische Sphäre für sich selbst zu demselben Princip hingetrieben, wohin sich jener, aus ihr als ein besonderes Recht herausgesetzte subsidiäre Keim entwickelt hat; sie kann und muß daher von nun an dasselbe wieder in sich aufnehmen und, ihren civilistischen Unterschied gegen dies besondere und subsidiäre prätorische Erbrecht allmählich aufgebend, sich mit demselben zu einer Einheit durchdringen. So ist also auch für das civilistische und testamentarische Erbthum die Umwandelung des speculativen Erbthumsbegriffs in einen Vermögenserwerb gegeben, eine Umwandlung, die in den mannichfaltigsten und feinsten Verschlingungen immer noch an den Begriff der Willensidentität gebunden, als Ende dieser langen Bewegung endlich die Justinianeische Erbschaft *sub beneficio inventarii* producirt[1], in welcher letzten Entäußerung seines speculativen Begriffs, die wir im Römischen Recht eintreten sehen, der Vermögenserwerb die siegreiche Gleichstellung erlangt, von dem Erben als das Substantielle seines Verhältnisses offen gesetzt werden zu können.

Endlich gelangt man erst durch dieses Verständniß des Erbrechts zu dem wahrhaften und concreten Verständniß des welthistorischen Inhalts des römischen Volksgeistes und seines dialektischen Verhältnisses zu den ihm vorangehenden und ihm nachfolgenden Stufen der geistigen Entwickelung. Ebenso hat sich dabei ein heller Blick in die Bedeutung des jus civile überhaupt, und sein Verhältniß zum römischen Geiste ergeben. Es hat sich ganz concret gezeigt, wie das jus civile nichts anderes ist als das Dasein des speculativen Begriffs, welcher den ursprünglichen Inhalt des römischen Volksgeistes ausmacht, in seiner unerschüttert substantiellen Gedrungenheit. Das prätorische Recht ist nichts anderes als die Bewegung des römischen Volksgeistes, in der Form der Ergänzung und Fortbildung, sich die specifische Substanz dieses Volksgeistes allmählich abzuarbeiten und abzuschleifen und in allgemein-menschliche Verhältnisse münden zu lassen, eine Bewegung, welche ihrer äußern Form nach jetzt von dem unter der Form der Billigkeit gegen den speculativen Begriff reagirenden Verstand vollzogen wird. Das prätorische Recht ist so nichts anderes als die große und langsame Arbeit der allmählichen Entnationalisirung. Diese Arbeit trifft daher inner-

[1] L. 22 C. (6, 30).

lich wie äußerlich in ihren Endpunkten mit dem Christenthum zusammen und macht durch diese von ihr vollzogene Auflösung des specifischen Volksgeistes Rom fähig, den allgemein-menschlichen, kosmopolitischen Geist des Christenthums in sich aufzunehmen.

Wie die stoische Philosophie diesen selben auflösenden und für die christliche Anschauung vorbereitenden Proceß im reinen Gedanken bezeichnet, so stellt ihn das prätorische Recht als sich bereits in der Rechtswirklichkeit des Volkslebens vollziehend dar. So gestaltet sich die Historie zu einem überall zusammenhängenden, überall durchsichtigen und lichtvollen Ganzen vernünftiger Bewegung. — Wenn bisher das römische Erbrecht so sehr misverstanden wurde, so liegt hier, wie bei so vielem Andern, eine hauptsächliche Schuld daran, daß bei der Beschäftigung mit Römischem Recht immer von dem Justinianeischen Recht, also vom Römischen Recht in seiner letzten Gestalt ausgegangen wird. Das Justinianeische Recht ist aber eben ein Letztes, das somit gar nicht aus sich selbst begriffen werden kann. Um zu wissen, was Rom sei, muß überall auf das älteste Civilrecht zurückgegangen, und von ihm der Ausgangspunkt genommen werden. Von hieraus erhellt sich dann erst auch jene letzte Gestalt, die das Moment ihres Gewordenseins, und somit das Moment ihrer Erklärung, nur in ihm, durchaus nicht in sich selbst hat. —

Wenn es zwecklos wiederholend wäre, ausführlicher, als in diesem flüchtigsten Rückblick auf das allgemeinste Lineament der erbrechtlichen Bewegung geschehen ist, den ideellen Gehalt und Gang desselben zu betrachten, der sich aus der Zusammenfassung des bei dem concreten Reichthum des Materials von uns eingehend Entwickelten von selbst ergibt, und vom Geiste nur in einer ihm gegenwärtigen Einheit mit jenem Detail erfaßt werden kann, so ist es dagegen erforderlich, auf zwei Punkte nochmals hinzuweisen, zwei Punkte, welche den Faden bilden, durch welchen die Darstellung des Erbrechts mit dem Ganzen unsers Werks zusammenhängt, und die uns die Veranlassung zu dieser Darstellung gebildet haben.

Der eine Punkt ist jener, daß das Erbrecht vor der Adition kein erworbenes Recht ist, wovon wir erst jetzt die innere Nothwendigkeit kennen gelernt haben, weil, wie das Allgemeine nur aus allen Einzelheiten sich ergibt, so auch wechselwirkend das Einzelne erst aus dem Allgemeinen sich wahrhaft begreift.

Dieser Punkt selbst ist aber nur eine in seinem Wesen identische Folgerung aus jenem andern Punkte, welcher uns ebenso berechtigt wie genöthigt hat, dem Erbrecht eine so ausführliche und selbständige Entwickelung zu widmen, und überhaupt nicht mehr ein bloßer Punkt zu nennen ist. Er ist vielmehr die geistige Achse des gesammten Erbrechts.

Wir meinen den in Bd. 1, §. 2, A., versprochenen Nachweis, daß das Erbrecht schlechterdings ein durch die individuelle Willensaction des Erben vermitteltes und hervorgebrachtes Recht, und deshalb also auch ein erworbenes Recht ist. Ohne diesen Nachweis würde es entweder haben scheinen müssen, daß das Erbrecht kein erworbenes Recht, oder daß unsere Theorie der erworbenen Rechte, welcher das Erbrecht seiner sinnlichen Erscheinung nach zu widersprechen scheint, falsch ist. Dieser Nachweis, daß das Erbrecht weder dem testamentarischen Erben durch eine andere dritte Person gegeben, noch dem Intestaterben durch das bloße Factum des Todes eines Dritten oder durch das Gesetz verliehen wird — denn Testaments- wie Intestaterbe haben beide zu ihrem gemeinschaftlichen Wesen den Begriff, sich durch die Adition als identische Willenssubjectivität mit dem Erblasser zu setzen — dieser Nachweis, sagen wir, konnte in seiner innern Tiefe nur durch eine mindestens das Wesentlichere des gesammten erbrechtlichen Stoffes in Dogmatik wie Geschichte umfassende Darstellung erbracht werden.

Dafür hoffen wir ihn aber jetzt zu einer unumstößlichen Gewißheit erhoben zu haben. Wir haben mit einer Uebereinstimmung bis in die einzelnsten Details hinein, welche jeden Zweifel ausschließt, gesehen, daß das Erbthum nichts anderes als die die Willenssubjectivität des Erblassers perpetuirende Willensidentität des Erben mit ihm ist, alles Erbrecht also durch und durch auf der innern **Willensaction** des Erben beruht und durch sie, als die Erzeugerin jener Identität der Willenssubjectivität, erst hervorgebracht wird. Wir haben daher gesehen (Nr. V), daß es erst der Wille des Erben ist, der dem testamentarischen Willen Dasein, Gültigkeit und Halt verleiht, sodaß das Testament ebenso gut als Wille des Erben wie des Erblassers angesprochen werden kann. Und dies ist so wenig eine verzerrende hyperidealistische Paradoxie, daß es in der That so angesprochen wird, in dem Quasicontract nämlich, welchen die Legate für den Erben bilden sollen.

Wir haben gesehen, daß es ferner die fürsichseiende Thätigkeit des Erben selbst erst ist, welche die Delation des Erbrechts hervorbringt. Wenn der Erbe keine wirksame Adition vornehmen kann, ohne daß er weiß, so heißt das nichts anderes als: Ein Recht auf Annahme der Erbschaft, ein Erbrecht (jus adeundi) existirt nicht[1],

[1] Daß die Erbschaft nicht vor der Adition ein erworbenes Recht des Erben sein konnte, war freilich ganz sinnlich offenbar. Aber das jus adeundi, das Erbrecht, welches existirte vor Annahme der Erbschaft und existirt hatte, auch wenn diese später ausgeschlagen wurde, schien ein solches erworbenes Recht sein zu können, und dies war es, was Savigny irre geführt hat (siehe oben I, 423 fg.). Aber es hat sich jetzt gezeigt, daß das jus adeundi vor der Adition ebenso wenig ein erworbenes Recht ist, wie z. B. beim ursprünglichen testamentum per aes et

wenn nicht der Erbe zuvor durch seine eigene Willensaction den Willen des Erblassers seinem subjectiven Fürsichsein angeeignet hat. Und da die Substanz des Erbthums die Willensidentität der beiden Personen ist, so kann es auch nicht wunder nehmen, wenn überhaupt jeder der beiden Factoren mit dem andern vertauscht werden könnte, da das Verhältniß ebendies ist, diese beiden verschiedenen Willen als einen identischen und einigen Willen erscheinen zu lassen. Kann einerseits alles auf den Willen des Erblassers zurückgeführt werden, da von ihm alles ausgeht, so kann ebenso gut alles dem Willen des Erben imputirt werden, da durch diesen Willen erst jener andere rechtliches Dasein und fortexistirende Wirksamkeit erhält. Das testamentum per aes et libram in seinem ursprünglichen Ritus (wo der familiae emptor der heres ist) — dieses adäquate Gesetztsein aller Momente der Testamentsidee in der äußern Form — enthält in der formellen Handlung und Formel selbst schon äußerlich die nothwendige Cooperation und gleiche Wirksamkeit der beiden Willen zum Zustandekommen des Testaments. Wir haben gesehen, wie das Transmissionsrecht des Erben, der noch nicht angetreten, sich auf dieselbe innere Willensaction zurückführt. Wir haben gesehen, wie selbst der suus und necessarius nur durch innere Willensaction erbt, und der Act der Adition bei ihm nur deshalb fortfällt, weil seine Willensidentität mit dem Subjecte seines Willens bereits gegeben ist (S. 194 fg.). Wir haben, mit einem Wort, den gesammten Reichthum des erbrechtlichen Stoffes von diesem Einen speculativen Begriff als seiner thätigen Seele sich hervorbringen und zu einem lebendigen Organismus gestalten sehen.

Das Erbrecht ist also in unwiderleglicher Weise als ein durch die

---

libram das Recht eines Bürgers, mit einem Erblasser als familiae emptor ein Mancipationstestament vorzunehmen und dadurch Erbe zu werden, ein erworbenes Recht vor der Testamentshandlung war. Sein legales Recht, mit jedem zu gehen, der ihn zum familiae emptor rufen würde, war es freilich, ein blos legales Recht, welches bis zu seiner Ausübung, ebenso gut wie durch einen geänderten Willen des berufenden Erblassers auch durch ein neues Gesetz über die für den familiae emptor erforderlichen Fähigkeiten stets entzogen werden konnte. Wenn bei dem Erben in den spätern Testamentsformen, indem jetzt die Adition erst nach dem Tode des Erblassers, statthat, die Möglichkeit einer Willensänderung von Seite des letztern fortgefallen ist, so ist dagegen jene andere Ursache der Aenderung, die durch ein neues Gesetz erforderte Fähigkeit für diese Handlung, wirksam geblieben. Das jus adeundi ist, wie an diesem Beispiel nur besonders deutlich gemacht werden soll, ein Recht, welches, blos legal durch das Intestatgesetz oder den Willen eines Dritten in eine Person hineingesetzt, zu einem erworbenen Rechte erst durch seine Ausübung wird, durch welche es sich in Erbthum aufhebt.

eigene individuelle Willensaction des Erben erzeugtes und nur darum auch als ein erworbenes Recht nachgewiesen.

Es ist jetzt klar, warum ein Gesetz, welches nach einmal eingetretenem Erbthum (also beim extraneus nach der Adition, beim suus nach eingetretener Delation) das Erbrecht abändern wollte, durch individuelle Willensaction vermittelte Rechte aufheben, somit Willenshandlungen denaturiren, rückwirken würde.

Der letzte Pfeiler unserer Theorie der erworbenen Rechte wäre also aufgeführt.

Aber wenn wir sagen, dieser Nachweis ist erbracht, so meinen wir nur, daß er in Bezug auf das römische Erbrecht erbracht sei. Gerade nachdem dasselbe in seinem wirklichen und wahrhaftigen, specifischen Geiste in aller Schärfe desselben bloßgelegt worden ist, muß um so mehr und von selbst die täuschende Analogie zwischen ihm und dem germanischen Erbrecht verschwinden. Es wird von selbst klar sein, daß nichts von dem hier über das römische Erbrecht Entwickelten, daß auch nicht ein Wort davon auf das germanische Erbrecht passen würde.[1]

Es entsteht also die Frage: Inwiefern stellt sich aber auch nach Germanischem Rechte, wenn solches mit dem obigen in der historischen Substanz des römischen Volksgeistes wurzelnden Begriffe nichts zu schaffen hat, das Erbrecht als ein erworbenes Recht dar?

Diese Frage ist aber gar keine andere und fällt in ihrer Beantwortung ganz zusammen mit der schon (Bd. 1, S. 431) aufgeworfenen Frage: Warum erwirbt nach allem Germanischen Recht der Erbe ipso jure durch den Tod des Erblassers, während in Rom erst durch die Adition?

Und zu der Beantwortung dieser Frage haben wir jetzt überzugehen.

---

[1] Es zeigt sich hier wieder, daß es genau genommen gar kein „Erbrecht im allgemeinen", sondern nur römisches Erbrecht, germanisches Erbrecht u. s. w. gibt. Alle Disciplinen des historischen Geistes haben nur in ihrer historischen Erscheinung ihren concreten und inhaltvollen speculativen Begriff. Der formelle Begriff, den die gleichartigen Gestalten verschiedener historischer Weltepochen, also z. B. römisches und germanisches Erbrecht, als Erbrecht überhaupt miteinander gemein haben, ist nur ein ganz abstracter und inhaltsloser, der durch die Differenz und den Gegensatz des Volksgeistes in den verschiedenen Perioden oft zu absolutem Gegensatz umschlägt. Das Folgende wird dies deutlich genug herausstellen.

II.

Das Wesen des germanischen Erbrechts.

Mußten wir uns bei dem römischen Erbrecht einer selbständigen und ausführlichen Darstellung unterziehen, um die verkannte geistige Bedeutung desselben aus dem Thatsächlichen des Stoffs und seiner Geschichte erst hervortreten zu lassen, so werden wir uns bei dem germanischen Erbrecht um so kürzer fassen können. Denn theils sind hier die Factoren selbst, mit denen wir unsern Beweis zu führen haben, infolge ihrer mit der Substanz des modernen Geistes verwandtern Anschauung bereits richtiger in ihrer geistigen Bedeutung erkannt, sodaß wir unsererseits diese Prämissen nur zu ihren bisher übersehenen Folgerungen zu treiben haben, theils und sofern dies auch nicht der Fall ist, wird sich jetzt gerade aus dem scharfen Gegensatze des römischen Erbrechtsbegriffs von selbst ein helles und unzweifelhaftes Licht über das differente Wesen des germanischen Erbrechts ergießen. Hier wie überall wird der Geist in seiner Bestimmtheit nur aus seinen Gegensätzen klar. Es muß daher ausdrücklich hervorgehoben werden, daß das Nachfolgende Beweiskraft wie Verständniß nur für denjenigen haben wird und kann, welcher unsere Entwickelung des römischen Erbrechts mit Aufmerksamkeit mit uns durchgemacht hat.

Die uralte Rechtsmaxime: „*Le mort saisit le vif*", „der Todte erbet den Lebenden", wie sie deutsch, oder „mortuus aperit oculos viventis", wie sie lateinisch ausgedrückt zu werden pflegt, eine Rechtsmaxime, die wir bei allen germanischen Stämmen wiederfinden, ist es, welche in jener den Rechtssprichwörtern eigenen energischen Form die Anschauung in sich enthält, daß die Erbschaft sofort und unmittelbar mit dem Tod des Erblassers ipso jure auf den Erben übergehe.[1] Wir finden

[1] Siehe Tiraquell, De regula: le mort saisit le vif; Opp., II, 1 sq. In einer Urkunde von 1332 (s. Miraei Cod. diplom. Belg., lib. II, c. 82) wird sie schon als altes notorisches vaterländisches Gewohnheitsrecht bezogen („se esse saisitum per consuetudinem patriae notoriam, quod mortuus saisit vivum", heißt es daselbst); vgl. Mittermaier, Grundsätze des deutschen Rechts, 5. Ausg.,

diese Anschauung als seit den ältesten Zeiten dem deutschen Volksrechte zu Grunde liegend[1], und wo immer germanische Stämme sich niederließen, in Holland und England, in Frankreich, Spanien und Italien[2], haben sie diese Anschauung mitgenommen und ungeachtet aller dieser Vermischung mit fremden und romanischen Elementen zum Rechte gestaltet. Ja, diese Anschauung lebt mit solcher Kraft in der ursprünglichsten Anlage des germanischen Geistes, daß sie, wenn sie natürlich dem Römischen Rechte in den Ländern weichen mußte, wo dieses zum gemeinen Rechte recipirt wurde, hierdurch nicht beseitigt, sondern nur in das Innere des Volksgeistes zurückgetrieben, mit ungeschwächter Kraft aus demselben wieder in den modernen Gesetzgebungen dieser Völker hervorbricht, wie viele Bestandtheile des Römischen Rechts auch sonst in dieselben aufgenommen sein möchten.

So bildet sie in Frankreich, wo sich die Formel: Le mort saisit le vif, in den pays coutumiers das ganze Mittelalter hindurch erhalten hat, die erbrechtliche Grundlage des Code Napoléon. Sie beherrscht das preußische Allgemeine Landrecht[3], und findet sich nicht weniger im österreichischen Gesetzbuch.[4]

Allein es ist ersichtlich, daß wir durch die Bezugnahme auf diese Formel noch keinen Schritt vorwärts in der Erklärung jener Anschauung gethan haben. Weit entfernt, aus dem Rechtssprichworte erklärt werden zu können, ist dieses selbst vielmehr nur der gedrungene und körnige Ausdruck jener Anschauung, und kann erst aus ihr seine Erklärung empfangen.

Es muß sogar vorläufig scheinen, als ob jene Formel: Le mort saisit le vif, auf das energischste unsere Behauptung verneinte, daß auch nach Germanischem Rechte das Erbrecht auf der eigenen individuellen Willensaction des Erben beruht. Denn durch diese Formel wird ja ebendies auf das stärkste ausgedrückt, daß durch das bloße Factum des erblasserischen Todes, und ohne irgendein weiteres hinzukommendes Mo-

---

§. 466, Note 9—14. In Frankreich findet sich die Formel schon unter Ludwig IX.; s. Etabliss., lib. II, c. 4, und Troplong sur les Coûtumes d'Amiens in der Revue de législation, XXV, 147.

[1] Siehe z. B. die Leg. Alemannic., Tit. 92: „Si quis mulier peperit puerum et in ipsa hora mortua fuerit et infans vivus remanserit aliquanto spacio, vel unius horae, et postea defunctus fuerit, hereditas materna ad patrem ejus pertineat."

[2] Heineccius, Elem. jur. Germ., lib. II, Tit. 10, §. 296; Eisenhart, Grundsätze der teutschen Rechte in Sprichwörtern, 3. Ausg., S. 329, Note 2; Eichhorn, Einleitung in das teutsche Privatrecht, §. 353.

[3] Thl. 1, Tit. 9, §. 367—370.

[4] Thl. 2, Tit. 8, beſ. §. 537.

ment die Erbschaft das angefallene Eigenthum des Erben sei, und ebendies wird auch in den angeführten Gesetzgebungen auf das ausdrücklichste bestimmt. Inzwischen, die Frage nach der begrifflichen Erklärung jener Anschauung und die Frage nach dem Nachweis, wie so dennoch auch nach Germanischem Recht das Erbrecht durch die individuelle Willensaction des Erben vermittelt sei, sind innerlich, wie wir bereits bemerkt haben, Eine Frage, und es wird sich zeigen, daß wir mit der Beantwortung der ersten auch vollständig die Basis zu der Beantwortung der zweiten gelegt haben.

Als die Germanen in der Geschichte auftreten, kennen sie, wie bereits Tacitus bekundet, nur Intestaterbrecht.[1] Aber schon dieser Name allein droht durch die scheinbare Gleichartigkeit mit dem, was in Rom unter Intestaterbrecht verstanden wird, gründlich irre zu führen, wenn nicht der ganze Unterschied beider klargelegt wird, ein Unterschied, der groß genug ist, um ihnen nichts gemeinsam zu lassen als die Benennung. Denn nicht von dem Unterschiede in den Rechtsvorschriften ist hier die Rede, der, so ungeheuer er ist, immerhin auch noch Gemeinsames übrig ließe; sondern von dem Unterschied in der Idee beider Institute, die sie bei beiden Völkern zu etwas von Grund aus anderem macht. Schon der flüchtigsten Betrachtung wird einleuchten müssen, daß Intestaterbrecht, welches nur subsidiär zur Geltung kommt, wenn der individuelle Wille des Erblassers nicht gesprochen hat, wie dies in Rom der Fall, und Intestaterbrecht als einziges und exclusives, den abweichenden Willen des Erblassers ausschließendes Recht zwei grundverschiedene Dinge, von grundverschiedenen Ideen getragen sein müssen und eigentlich, scharf ausgedrückt, nichts miteinander gemeinsam haben, als jenen, in dem Tode eines Erblassers bestehenden Anlaß, die Verschiedenheit ihrer Volksgeister aufzuzeigen.

Der Begriff des römischen Intestaterbrechts, auf dessen genau nachgewiesenen Geist wir uns hier zurückbeziehen müssen, war der allgemeine Wille des Volkes, vorausgesetzt, aufgefaßt und geltend als der Wille dieses bestimmten, sich nicht besondernden Individuums.

Es springt in die Augen, wie dieser Intestatbegriff schlechterdings nichts mit demjenigen des germanischen Erbrechts gemeinsam haben kann: denn wenn jener Begriff ein Intestaterbrecht durchdringen muß, welches nur subsidiarisch platzgreift, wenn der Erblasser von seiner absoluten Freiheit zu testiren keinen Gebrauch gemacht hat, — wie kann hiermit ein Intestaterbrecht irgendetwas gemein haben, welches wie das der germanischen Völker in seiner ursprünglichen und nationalen Gestalt aus-

[1] Tacitus, German., c. 20: „Heredes tamen successoresque sui cuique liberi, nullum testamentum."

schließliches, testamentarische Verfügung gar nicht kennendes Erbrecht ist; welches ferner diesen herrschenden und principalen Charakter des Erbrechts, Intestatrecht zu sein, auch bis in seine spätesten und modernsten Fortbildungen als Notherbenrecht und Pflichttheil, neben welchen der testamentarischen Freiheit immer nur ein bescheidener und nur quantitativer Theil (disponible Quantität) eingeräumt ist, unverrückbar beibehält; und welches endlich, mindestens in seiner mittlern Periode, dies substantielle und selbständige Recht der Intestaterben so consequent festhält, daß das Recht derselben nicht erst mit dem Tode des Erblassers beginnt, sondern schon bei seinen Lebzeiten wirksam vorhanden ist und ihm die Freiheit der Veräußerung des „Erbeigen" nimmt.

Schon die soeben angeführten Momente lassen hinreichend deutlich hervortreten, daß das germanische Intestaterbrecht nun wirklich das ist, was von dem römischen mit Unrecht behauptet wird[1]: wahres Familienrecht. Es handelt sich nur darum, letztern Begriff näher und schärfer darzulegen.

Der Begriff der Familie ist die sittliche Identität der Personen, die zu ihrer substantiellen Grundlage nicht mehr das bloße Setzen des subjectiven Willens, die Willensaneignung, sondern die sich empfindende Einheit des Geistes oder die Liebe[2] hat.[3] Da die Empfindung das Unmittelbare oder Seiende im Geiste ist, so ist die Einheit hier als seiende vorhanden, oder sie ist Identität des Blutes. Hier tritt also die Zeugung in ihrem specifischen Charakter hervor. Wenn aber diese sittliche Personeneinheit der Begriff der Familie ist, so ergeben sich mit Nothwendigkeit daraus folgende begriffliche Consequenzen: Das Vermögen wird seiner Substanz nach ein an sich gemeinsames Familieneigenthum sein. Das Recht des Intestaterben auf das Vermögen wird daher nicht erst beim Tode des Erblassers entstehen und nicht durch dessen Willen verliehen sein. Wie es sich vielmehr auf das seiende Verhältniß als Familienglied gründet, so wird dies an sich seiende Recht daher schon mit seinem Eintreten in die Familie, mit seinem Erzeugtsein von ihm erworben sein, und nur mit dem Todesfall in Wirklichkeit treten. Endlich wird demnach dies schon bei Lebzeiten des Erblassers an sich vorhandene eigene Recht des Erben sich

[1] Und gerade infolge dieser germanischen Anschauung von ihm behauptet wird, die, wie im ganzen heutigen Bewußtsein, so auch in dem unserer modernen römischen Juristen unmerklich fortlebt.

[2] Siehe Hegel, Rechtsphilosophie, §. 158 fg.

[3] Man könnte also in der That, wenn es um kurze Antithesen zu thun ist, und wenn man den concreten Inhalt der darin eingeschlossenen begrifflichen Entwickelung in seiner bestimmten Begrenzung dabei vor Augen hat, etwa sagen, der römische Volksgeist verhält sich zum germanischen wie Wille zu Liebe.

deshalb auch schon bei Lebzeiten des Erblassers als daseiend zeigen und durch die Beschränkung seines individuellen Eigenthumsrechts jene an sich seiende Gemeinsamkeit der Vermögenssubstanz darthun müssen.

Und schließlich ist durch alles dieses schon gegeben, daß das Erbrecht, während es in Rom in seiner Substanz ein Recht auf die Willensfortsetzung des Individuums war, und der Erbe sich nur infolge dessen durch das Eintreten in diese Willenssubjectivität alles von ihr Dependirenden accidentell bemächtigte, bei den germanischen Völkern, als das eigene und selbständige Recht des Familiengliedes, nicht mehr ein Recht auf Willenscontinuität, sondern hier in der That auch seiner Substanz nach nichts anderes als ein Vermögensrecht ist, ein Recht auf seinen bei dem Eintritt in die Familie erworbenen Antheil an dem an sich gemeinsamen Familienvermögen.

Diese Züge des Begriffs sind in so offen zu Tage liegender Weise diejenigen des germanischen Erbrechts, daß ein detaillirtes Eingehen hier durchaus nicht erforderlich ist und wenige Erinnerungen hinreichen, um diese Uebereinstimmung völlig darzuthun.

Wenn der erste Grundsatz des römischen Erbrechts ist, daß der Erbe mit seinem eigenen Vermögen für alle Schulden des Erblassers haftet, so ist der erste Grundsatz des germanischen Rechts, weil dieses in dem Erbthum keine Willenscontinuation, sondern nur einen Vermögenserwerb erblickt, daß die aus diesem Erwerbe entspringenden Verpflichtungen den Erwerb selbst nie übersteigen, der Erbe also nicht ultra vires hereditatis verhaftet sein kann[1]: „Hie behalte dies sonderlich, daß der erbe seines sonderlichen, vor sich gewonnen, eignen guts nichts für des verstorbenen schuld geben noch zahlen darf."[2]

---

[1] Glosse zum Sachsenspiegel, I, 6.

[2] Und es ist dies in der germanischen Erbanschauung so nothwendig, daß trotz aller Aufnahme von römischen Rechtsideen das Allg. Landrecht das Princip aufstellt, wer durch pro herede gestio eine Erbschaft antritt, solle vermuthet werden, dieselbe nur unter dem Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars anzutreten (Thl. I, Tit. 9, §. 420). Zur Beseitigung dieser Rechtswohlthat ist eine „deutliche und bestimmte Entsagung" auf dieselbe — also ein besonderer Wille — erforderlich (das., §. 414). Man sieht, wie sich hier die Vermuthung in das directe Gegentheil ihrer Stellung im Römischen Recht umkehrt, und man sieht jetzt auch, warum sie sich umkehrt. Was dort Ausnahme ist, wird hier Regel, was dort Regel, hier Ausnahme, und zwar aus keinem andern Grunde, als weil den germanischen Völkern das Erbrecht von vornherein und principiell nichts anderes als Vermögensrecht ist, während es im Römischen Recht, und zwar auch erst in seiner letzten, justinianeischen Gestalt, nur durch besondern Vorbehalt zu einem bloßen Vermögenserwerb gemacht werden konnte. Wenn deutsche Juristen noch so sehr Römisches Recht machen wollen, so werden sie Rechtssätze aus demselben aufnehmen, aber, unter einer ganz ge-

Lange nachdem die testamentarischen Dispositionen gemeinüblich geworden sind, darf doch nur derjenige, der keine gesetzlichen Erben hat, beliebig testiren. Derjenige aber, welcher gesetzliche Erben hat, darf nicht nur blos insoweit testiren, als dies die Rechte der nächsten Erben gestatten, sondern selbst innerhalb dieser Grenzen häufig nur dann, wenn er zu Gunsten eines Verwandten oder Ehegatten verfügt. [1]

Das unbedingte Recht des nächsten Erben ist das Eigen, Erbeigen (die Propres, Propres de héritage, wie diese Güter in den französischen Coûtumes, wo sie ganz dieselbe rechtliche Stellung einnehmen, heißen), über welches dem Erblasser die Befugniß testamentarischer Disposition nicht zusteht. „Ane erwen gelof mus nieman sin egen gewen." [2] Es ist für unsern Zweck überflüssig, uns auf den Streit einzulassen, ob der Erblasser blos über die Fahrniß oder über die Fahrniß und die Errungenschaft (conquêts) verfügen kann. [3] Der Gedanke ist in beiden Fällen derselbe. Denn es wird einleuchtend sein, daß das Verhältniß der Fahrniß und des Grundeigenthums zueinander vom germanischen Rechte nicht anders aufgefaßt wird als das Verhältniß der Substanz des Vermögens, des fundus, zu ihren Früchten. Es bedarf nur des flüchtigsten Blickes auf die ökonomischen Verhältnisse jener Zeiten, in welchen diese Unterscheidung von Fahrniß und Erbgut entstanden ist, auf die überwiegende Wichtigkeit des Grundeigenthums dazumal, sowol im Verhältniß zu der Masse des mobilen Vermögens als in Hinsicht auf den Erwerb desselben, der damals fast ausschließlich aus dem Grundbesitz hervorging, um dies in seiner ganzen Nothwendigkeit als einen Ausdruck der thatsächlichen ökonomischen Verhältnisse jener Zeiten zu begreifen. Die Fahrniß wird also nur als die Nutzung des Eigenthums und als aus dieser entstanden aufgefaßt, und unterliegt daher, wie die Nutzungen selbst, während seines Lebens der Dispositionsbefugniß des Erblassers.

Nur der Grundbesitz erscheint als die Substanz des Vermögens und ist daher, wie sich dies schon oben bei der begrifflichen Entwickelung ergab, als Substanz der ansich gemeinsame Vermögensstock der

---

änderten Weltanschauung stehend, diese unbewußt in das begriffliche Gegentheil ihrer Bedeutung im Römischen Rechte verwandeln. — In Sachsen ist der Erbe gleichfalls nicht über die vires hereditatis gehalten; siehe Haubold, Lehrb. d. sächs. Rechts, §. 348.

[1] Schwabenspiegel, Kap. 283, §. 2, 3; Kap. 285, 290—294, Senkenberg. Ausg.; Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels, S. 304 fg.

[2] Sachsenspiegel, I, 52.

[3] Mittermaier, Grundsätze des gem. teutschen Privatrechts, 5. Ausg., §. 467, und dagegen Eichhorn, Einleitung, §. 332.

Familie, welcher deshalb der freien Dispositionsbefugniß entzogen ist. Es kann daher für das Interesse des Begriffs gleichgültig sein, ob das von einem Individuum nicht geerbte, sondern individuell erworbene Gut, die Errungenschaft (acquêt), der Fahrniß gleichgestellt wird, weil es wie diese als aus den Nutzungen des Erbguts hervorgegangen angesehen wird, oder ob es wie das Erbgut, also als Vermögenssubstanz, behandelt wird, weil es selbst wieder die Form von Grundeigenthum angenommen hat.[1]

Aber nicht nur testamentarisch kann der Erblasser nicht über das Erbeigen disponiren, sondern auch unter Lebenden kann er wegen jenes an sich vorhandenen Rechts der Erben nicht mit Gültigkeit darüber verfügen. Der nächste Erbe kann die ohne seine Einwilligung vorgenommene Veräußerung des Erbeigen durch den Eigenthümer binnen Jahr und Tag widerrufen, und wenn wir oben sahen, daß der Erbe nicht mit seinem persönlichen Vermögen für die Schulden des Erblassers verbunden ist, so ist jetzt nun weiter hinzuzufügen, daß er auch nicht einmal mit dem Erbeigen, sondern nur mit der ererbten Fahrniß (und resp. der ererbten Errungenschaft) für dieselben haftet[2]: „Swe so dat erwe nimmt, die sal dur recht die scult geben also vorn, als it erwe geweret an varender hawe.“ Und der Landrechtliche Richtsteig antwortet auf die Frage, wiefern die Witwe die Schuld zahlen solle[3]: „Also verrn dat erwe weret an varender hawen; mit den eygenen en darff men geen schold gelten, wan hut sonder sünre erwen orlowe niet laten en mach.“ Ja, nicht einmal unter seinen Söhnen

---

[1] Es erhellt übrigens, daß die erstere Meinung (Gleichstellung von Fahrniß und Errungenschaft) die bei weitem größere begriffliche Consequenz für sich hat, wie sie auch von fast allen französischen coûtumes bei den propres festgehalten wird (und noch heute der französischen ehelichen Gütergemeinschaft zu Grunde liegt). Wenn der Sachsenspiegel und der Landrechtliche Richtsteig die zweite Meinung zu schützen scheinen, während die Glossen zum Sachsenspiegel selbst widersprechen („Hat och ein Mann Erbe und Eigen um sein wohlgewonnen habe gekouft, er mag daz Gut geben und uflassen, wem er will.“ „Daz Eigen, daz an uns irstirbet von Erbegangk, daz heißt Erbeigen und daz mag man nicht lassen ohne Erben Laube“), und schon die alten Volksrechte diesen Unterschied kennen, so ist theils zu bemerken, daß man, wenn in Gesetzesstellen, die über Erbrecht handeln, blos Fahrniß und Eigen einander entgegengesetzt werden, hieraus nach der obigen Erörterung nun nicht mehr den Schluß machen kann, die Errungenschaft sei dadurch, weil sie doch nicht Fahrniß sei, dem Eigen gleichgestellt; theils hat man bereits die Ansicht aufgestellt, daß der Sachsenspiegler eine particular-rechtliche Anschauung, nicht diejenige des gemeinen deutschen Rechts, darin wiedergibt.

[2] Sachsenspiegel, I, 6.

[3] Kap. 10, Senkenberg. Ausg.

selbst kann der Eigenthümer eine beliebige Vertheilung des Erbeigen vornehmen. Es kommt nicht nur darauf an, daß die Familiensubstanz überhaupt berücksichtigt sei, sondern jedes Einzelne dieser Glieder hat bei seinem Eintritt in die Familie für sich das individuelle Recht erworben auf gleichen Antheil an dem an sich gemeinsamen Familienvermögen, wie dies bereits in den alten Volksrechten hervortritt.[1]

In dieser Dispositionsbeschränkung des Eigenthümers, selbst unter Lebenden, in dieser Nichtverhaftung des Erbgutes für die Schulden des Erblassers zeigt sich auf das unbestreitbarste, wie das Eigenthum gemeinsames Eigenthum der Familie ist und somit das schon durch die Geburt eines jeden Familiengliedes erworbene ansichseiende Eigenthumsrecht des Erben auf dasselbe, ein Charakterzug, der überall in den germanischen Rechten zu Tage tritt. Wenn es im Sachsenspiegel heißt[2]: „Swat man enem manne oder wiwe gift, dat sollen sie besitten dre dage. Swat sie mit klage irvorderet oder uppe sie geerwet wert, das en dorfen sie nicht besitten", so erhellt jetzt von selbst, warum gerade bei diesen beiden Arten von Eigenthumserwerb der Besitz nicht gefordert wird. Beide Arten des Erwerbs, Rechtsstreit wie Erbschaft, stimmen nämlich darin überein, daß das Recht selbst nicht erst jetzt erworben, sondern als an sich schon früher vorhanden und als jetzt nur durch die Klage resp. Erbschaft zur Anerkennung und Verwirklichung gebracht angesehen wird.[3]

Die innere Nothwendigkeit der Maxime: Le mort saisit le vif, muß sich jetzt aus den vorstehenden Erörterungen mit vollster Evidenz ergeben haben. Das Eigenthum an der Erbschaft muß ipso jure durch den Tod des Erblassers auf den Erben übergehen, weil dasselbe schon vorher an sich gemeinsames Familieneigenthum war[4], oder weil das

---

[1] Siehe z. B. Lex Burgundionum, Tit. I, c. 1: „Ut patri, etiam antequam (cum filiis) dividat, de communi facultate et *de labore suo* (individuelle Errungenschaft, in ihrem Begriffe also mit der Nutzung ganz zusammenfallend und darum *labor*) cuilibet dare liceat, *absque terra sortis titulo* (Erbeigen) *acquisita*."

[2] III, 83.

[3] Vgl. §. 10 der Theorie, Bd. 1, wo wir gesehen haben, daß, wenn ein Erwerb von der gegenwärtigen Rechtsidee selbst nur als die Realisirung eines schon früher als an sich vorhanden gedachten Rechts aufgefaßt wird, diese Verwirklichung, doch ohne Berührung der rechtlichen Folgen innerhalb der Zeit des bloßen Ansichseins, auf die Zeit des ansichseienden Rechts zurücklaufen muß. Wir sehen dies hier also auch durch das germanische Recht bestätigt.

[4] Vgl. Fischer, Das erbschaftliche Versendungsrecht ohne Besitzergreifung (Regensburg 1786), S. 73 fg. Es darf aber nicht übersehen werden, wie daselbst geschiebt, daß das Eigenthum nur an sich gemeinsames Eigenthum der Familie,

Eigenthumsrecht des Erben weder durch den Willen des Erblassers, noch erst zur Zeit seines Todes erworben wird, sondern schon durch die Geburt des Erben ein an sich erworbenes war und nur jetzt aus diesem ansich seienden, latenten Zustand actuell oder für sich wird. Das vinculum juris läuft daher, wie z. B. bei einer bedingten Obligation, auf die Zeit der Geburt des Erben zurück, und es kann daher, wenn die vorausbestimmte Bedingung eintritt, von keiner Erwerbshandlung noch von einem neuen Willen zu erwerben die Rede sein, weil überhaupt kein neuer Erwerb vorliegt.

Es ist nur das an sich Seinige, worüber der Erbe jetzt freie Dispositionsbefugniß erlangt, indem die Gebundenheit desselben in Gemäßheit der beim Eintritt des Erben in die Familie vorausbestimmten Weise fortfällt.

Wenn hiernach der mit dem Todesfall des Erblassers eo ipso eintretende Uebergang des Eigenthums bei der Grundidee des germanischen Erbrechts eine der Rechtsidee selbst entfließende Consequenz ist, wenn also die Maxime: Le mort saisit le vif, darin ihre begriffliche Erklärung und gebieterische Nothwendigkeit hat, daß die Erbschaft kein neues, jetzt erst entstehendes Recht des Erben, sondern nur das Actuellwerden seines schon früher erworbenen, ansichseienden Eigenthumsrechts darstellt, so ist aber auch nicht weniger klar, daß dieser Eigenthumserwerb des Erben nichtsdestoweniger durch eine individuelle Willensaction desselben vermittelt, und also wahrhaft erworbenes Recht ist. Nur daß diese individuelle Willensaction des Erben nicht zur Zeit der Erbschaft zu suchen ist, sondern auf die seiner Geburt zurückläuft. Zwar stellt sich die Geburt sinnlich als ein unpersönliches Factum seitens des Geborenen dar. Aber es tritt hier wieder ein, was wir bereits Bd. 1, §. 2, A., von der Personenrepräsentation überhaupt gesehen haben, infolge derselben die durch die Geburt, da sie zwar seitens des Erzeugten sich als eine Thatsache, seitens des Erzeugers aber als Willensaction darstellt, entstandenen Rechte als durch die eigene individuelle Willensaction des Geborenen erworben angesehen werden müssen. Wenn dies schon von der nur formellen römischen Personenrepräsentation gilt, so gilt es nur um so stärker von der sittlichen Identität der Per-

---

nicht actuelles Gesammtfamilieneigenthum ist, und daher von vornherein die Bestimmung hat, bei der Auflösung der Familie (Tod) sich in die bei dem Eintritt eines jeden ihrer Glieder ideell erworbenen Antheile auflösen zu können.

Deshalb bildet aber auch das Recht und der usus der Theilung unter den Erben keinen Einwurf gegen den hier festgestellten Charakter des germanischen Eigenthums als Gesammteigenthum der Familie.

sonen, welche in der Idee der germanischen Familie hervortritt. Es ist infolge der Gesinnung der Liebe, in welcher (s. oben S. 480) die sittliche Einheit der Personen besteht, die Absicht und der Wille des Vaters, auf das Kind bei der Erzeugung alle die Rechte zu übertragen und für es zu erwerben, welche ihm durch Geburt entstehen, und dieser Wille des Erzeugers erscheint bei der in der sittlichen Einheit derselben gegebenen Identität des Geistes und der Gesittung deshalb hier nicht nur formell als die eigene Willensaction des mit seinem Vater identischen und in ihm wollenden Kindes[1], sondern auch inhaltlich als die Willensaction des für es, das Kind, wollenden Vaters.

[1] Die Auffassung des Erbrechts, als in der sittlichen Personenidentität der Familie beruhend, die ihre äußere Realität in dem an sich gemeinsamen Vermögen hat, gehört, worauf schon früher verwiesen (S. 480, Note 2), Hegel an, und ist da in dem Vorangehenden nur näher explicirt worden. Nur daß Hegel in den Irrthum verfiel, für die Idee des Erbrechts überhaupt zu nehmen, was eben nur die bestimmte historische Idee des germanischen Erbrechts ist. Dem römischen Erbrecht ist dieser Begriff, wie wir gesehen haben, durchaus fremd und unzupassend, sowol dem Intestatrecht wie dem testamentarischen. Es ist bis heran noch ein in allen Wissenschaften, in Rechts- wie Kunst- und Geistesphilosophie überhaupt sich fühlbar machender Mangel der Philosophie, daß für eine absolute und logische Kategorie genommen wird, was nur der Begriff einer bestimmten historischen Gestalt des Geistes, der Inhalt einer bestimmten National- und Zeitidee, also historische Geisteskategorie ist. (Wir werden z. B. noch im Verlauf sehen, inwiefern es gerade beim Erbrecht Leibniz ähnlich ergangen ist, wie Hegel.) Selbstredend wird hierdurch halbe Wahrheit producirt, indem nämlich einerseits der wahrhafte Begriff einer bestimmten historischen Geistesrealität, z. B. des germanischen Erbrechts, wirklich getroffen wird, andererseits aber dieser blos historische Geistesinhalt jetzt zum logischen Begriff jener Geistesform in allen Zeiten und bei allen Nationen gemacht werden soll, während er hier einen ganz andern, oft schlechthin entgegengesetzten geistigen Inhalt hat. Diese halbe Wahrheit ist daher, weil zu einer bestimmten Zeit zutreffend und hierdurch bestechend, für die wirkliche begriffliche Erkenntniß solcher Institute häufig um so hinderlicher. Worauf diese Verwechselung der absolut-logischen und der historischen Kategorien des Geistes beruht, das Wahre, das auch diesem Irrthum zu Grunde liegt, und wie letzterer allein zu vermeiden ist, — dies auseinanderzusetzen kann nicht mehr Gegenstand des gegenwärtigen Werks sein. Es läßt sich dies vielmehr nur durch die Nachweisung des Verhältnisses erreichen, welches zwischen dem formellen Begriff des Geistes und seinem historischen Inhalt, seinem historischen Begriff, besteht, also nur durch eine systematische Entwickelung der Philosophie des Geistes, eine vielleicht künftig von uns zu erbringende Arbeit, auf die wir bereits früher hinzuweisen veranlaßt waren. Nur so viel ergibt sich aus dem Vorigen von selbst, daß erst aus dem concreten Verständniß der Idee der bestimmten historischen Erbrechtssysteme, des orientalischen, römischen, germanischen, daß erst aus der scharfen Erfassung des schlechthinnigen Gegensatzes, in welchem die Begriffe derselben zueinander stehen, für welche das Erbrecht nur die gemein-

Allein wenn in dem Vorstehenden die geistige Nothwendigkeit der Maxime: Le mort saisit le vif, für das germanische Erbrecht sich er-

---

same Form und Hülse ist, die Verschiedenheit ihres Inhalts dahinein auszuschütten, festgestellt werden kann, inwiefern von Erbrecht überhaupt gesprochen und was darunter verstanden werden kann.

Weil Hegel den Begriff des germanischen Erbrechts für den des Erbrechts überhaupt nimmt, kommt er auch nur dazu, das Intestaterbrecht zu construiren. Das Testamentsrecht dagegen macht ihm Verlegenheit, und muß ihm solche machen, weil Hegel eben nicht die Idee des römischen Erbrechts erfaßt hat, mit welchem das Testamentsrecht seinem Begriffe nach identisch ist. Hegel erklärt daher (Rechtsphilosophie, §. 179 fg.) das Testament für eine Nachbildung der Familie, durch Bildung eines Kreises von Freunden, Bekannten u. s. w. Abgesehen davon, daß dies auf das römische Erbrecht durchaus nicht passen würde, enthält es aber auch einen nicht zu versöhnenden innern Widerspruch gegen das, was Hegel als die Idee der Erbschaft überhaupt angegeben. Denn wenn das durch die sittliche Identität der natürlichen Familie bewirkte, an sich gemeinsame Eigenthumsrecht derselben der Begriff des Erbrechts sein soll, so fehlt ja eben die Befugniß zu jener Nachbildung in der Sphäre des Vermögens, und es kann also mindestens in Bezug auf das Vermögen zu einer solchen Nachbildung gar nicht kommen. Um diesem zu begegnen, soll nach Hegel durch das mit dem Tod gegebene „Auseinanderfallen" (der Familie) diese „Freiheit für die Willkür der Familienglieder" entstehen. Allein hierdurch tritt der Widerspruch, weit entfernt, versöhnt zu werden, nur um so schärfer hervor. Denn in demselben ideellen Moment, in welchem durch dies Auseinanderfallen der Familie diese Freiheit für das Individuum eintreten würde, ist ja auch schon das an sich gemeinsame Vermögen in wirkliches Eigenthumsrecht der einzelnen Familienglieder, in bestimmte Antheile derselben übergegangen (le mort saisit le vif), und wenn also vor dem Tode des Testators die Befugniß zu testiren wegen des Familienrechts fehlte, so fehlt nach dem Auseinanderfallen der Familie, also nach dem Tode des Testators, ihm auch noch die Substanz, über die sein Wille verfügen könnte.

Es läßt sich also nicht verkennen, daß bei Hegel, so sehr man dies allgemein übersehen hat, gar kein irgend stichhaltiger Begriff des testamentarischen Rechts zu finden ist. Und es konnte dies auch gar nicht anders sein, da sein Begriff des Erbrechts überhaupt abgezogen ist von dem Geiste eines Volkes, dessen Erbrecht wesentlich Intestatrecht ist, und dem daher der Begriff des testamentarischen innerlich stets ebenso fremd bleibt, wie das Testament selbst seinem ursprünglichen nationalen Geiste unbekannt war.

Dies ist denn auch der Grund, weshalb Hegel (das., §. 180) mit solcher Ungunst das Testament überhaupt betrachtet. Er erklärt ausdrücklich, die bloße Willkür des Verstorbenen könne nicht zum Princip für das Recht zu testiren gemacht werden, und das von derselben beherrschte römische Erbrecht erscheint ihm daher nur als Unsittlichkeit, wird ausdrücklich so von ihm qualificirt und mit dem Rechte des Vaters, die Kinder zu verkaufen, verglichen. Man kann für heute dem Testament ebenso abgeneigt sein, als Hegel, und es wird sich vielleicht bald zeigen, daß sich aus unsern objectiven Darstellungen zwar andere, aber noch radicalere Folgerungen über das moderne Testamentsrecht von selbst ergeben. Aber

geben hat, so paßt doch alles bisher Gesagte offenbar lediglich und ausschließlich nur auf das Intestaterbrecht, wegen des diesem zu Grunde liegenden, an sich gemeinsamen Eigenthums der Familie, und es entsteht daher nun die Frage. Wie erklärt sich, daß dieselbe Maxime auch das Testamentsrecht dieser Völker bis auf die heutige Zeit beherrscht?

Aber diese Frage kann bereits für keinen, der unserer Entwickelung des römischen und germanischen Erbrechts mit Aufmerksamkeit gefolgt ist, eine Frage mehr sein.

Die germanischen Völker kennen, wie wir gesehen haben, in ihrer nationalen Ursprünglichkeit, gar kein Testament. Als sie mit den Römern zusammentreffen, finden sie dasselbe bei diesen vor und entlehnen

---

dies auch auf die Entstehung des Testaments in der historischen Entwickelung des Geistes anwenden, und somit auch in dem Römischen Recht nur Willkür und Unsittlichkeit sehen wollen, heißt demselben hohes Unrecht thun und gegen die systematische Anforderung der Hegel'schen Philosophie selbst verstoßen, wonach die historischen Instanzen als die stufenweisen Entwickelungen des vernünftigen und sittlichen Geistes zu begreifen sind. Hegel war zu diesem Verstoß gegen seine eigene Philosophie gezwungen, weil natürlich auch er, hereditas und bonorum possessio für begrifflich identisch haltend, das römische Testament als eine Vermögensverfügung auffaßt, und dann allerdings nur Willkür in ihm gesehen werden kann. Bei der wahrhaften Erkenntniß des römischen Erb- und Testamentsbegriffs erweist sich derselbe dagegen, wie wir gesehen haben, als ein hoher Fortschritt in der culturhistorischen Entwickelung der Idee des Geistes, dessen römische subjective Willenstranssceudenz ebenso sehr durchgemacht werden mußte und ein Moment der Wahrheit und Totalität ist, wie die subjective Geistestranssceudenz der christlichen Religion und ihres Himmelreichs. Und indem dieser Begriff des römischen Erbthums streng der objectiven Methode der Hegel'schen Philosophie entflossen ist und mit ihr in der innersten Uebereinstimmung steht, bleibt Hegel, wenn er ihn auch selbst verfehlte, nichtsdestoweniger der Miterzeuger und Urerzeuger desselben.

Endlich mag noch bemerkt werden, daß, was Stahl (Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht, II, 255—261) über das Erbrecht sagt, wie jeder wahrhafte Gedanke, der sich in seinem Werke findet, nur der Hegel'schen Philosophie schlechthin entlehnt ist, ohne daß die Wendungen vom „Reiche Gottes" und „Reiche des Menschen", in welche der Hegel'sche Gedankeninhalt hier verkleidet ist, jemand darüber täuschen können. Weil aber Hegel, der mindestens kein Jurist ex professo war, und dem bei der gigantischen universellen Aufgabe, der er sich unterzog, kein einzelnes Versehen angerechnet werden kann, der Begriff des römischen Erbrechts völlig entgangen ist, kennt ihn auch Herr Stahl nicht. Weil Hegel das Versehen macht, die Idee des germanischen Intestatrechts für den Begriff alles Erbrechts überhaupt zu halten, stößt dasselbe auch Herrn Stahl zu, und weil Hegel in der Verlegenheit in die soeben kritisirte Unmöglichkeit verfällt, das Testament als eine Nachahmung und Nachbildung der Idee der natürlichen Familie (der Idee der Familie in ihrer germanischen und Hegel'schen Auffassung) zu erklären, erklärt es auch Herr Stahl dafür.

ihnen äußerlich seinen Gebrauch, aber sie verstehen die geistige Bedeutung des römischen Testaments natürlich nicht; verstehen sie um so weniger, als nicht einmal unsere Autoren bis heute sie verstanden haben. Sie halten das römische Testament für das, was es äußerlich und sinnlich zu sein scheint, für eine Vermögensverfügung.

Als eine solche Vermögensverfügung nehmen sie nun das Testament von den Römern in Gebrauch, weil dies ihrem Sinn für individuelle Freiheit schmeichelt und insofern sich in dem Gedanken der individuellen Arbeit (labor, Errungenschaft), im Gegensatz zu der überkommenen Vermögenssubstanz, also in den in Fahrniß und Acquest sich darstellenden Nutzungen derselben, ein analoges Element und ein Raum für diese Freiheit der Vermögensverfügung findet. Sie nehmen es auf, nicht ohne Widerstand der nationalen Substanz gegen den fremden Eindringling.[1] Aber sie verstehen den Begriff des römischen Testaments so wenig, daß sie lange Zeit hindurch nicht einmal seinen äußerlichen juristischen Charakter — diese Wirkungen des Begriffs — aufzufassen verstehen, und da sie einmal das Testament für eine Vermögensverfügung nehmen, es ganz und gar mit einer Schenkung unter Lebenden identificiren. Zahlreiche Urkundenbeweise belegen dies. Die Prinzessin Irmina, Tochter des Königs Pipin, macht im Jahre 690 ein Testament. „Sana mente *testamentum meum* fieri rogavi", heißt es darin, und am Ende nochmals: „Ego Huncio presbyter hoc testamentum praescripsi .... Ego Irmina hoc testamentum meum perlegi." Die Verfügung des Actes aber lautet: „Ista omnia ad memorata loca Sanctorum *a die praesenti* per praesentem paginam testamenti tradimus et transfundimus perpetualiter in Dei nomine possidendum", und stellt somit einen sofortigen Eigenthumsübergang oder eine Schenkung dar. Pipin selbst sagt in einer Schenkung, die er zu Gunsten einer Abtei im Jahre 706 macht: „Sed praesens *donatio* ad instar *testamenti* cum stipulatione adnixa omni tempore firma stabilitate capiat firmitatem."[2]

---

[1] Vgl. z. B. Lex Burgund., Tit. XLIII, cap. 1: „... Ideoque hoc ordine in populo nostro donationes factae et testamenta *valebunt* etc." Noch im Anfang des 16. Jahrhunderts waren, wie Zasius bekundet (Consil. et resp., Lib. I, Resp. 3, No. 76), die Testamente unter dem deutschen Bürgerstande noch gar nicht üblich.

[2] Siehe die angezogenen beiden Urkunden in den Preuves de l'histoire de Lorraine von Dom Calmet, I, 261 und 263. Dieselbe Nichtunterscheidung zwischen Testament und Schenkung findet sich in einer Menge der daselbst mitgetheilten Urkunden.

Ebenso zeigt sich in den Volksrechten[1] diese Gleichstellung von Testament und Schenkung.[2] Und endlich tritt der Charakter der Schenkung unter Lebenden in den deutschen Vergabungen von Todes wegen, aus welchen sich auch die universellen acquisitiven Erbverträge entwickeln[3], darin aufs stärkste hervor, daß dieselben zuerst einerseits unwiderruflich sind, andererseits einen sofortigen Vermögensübergang auf den Begabten enthalten, indem der Vergabende nur bis zu seinem Tode Nießbraucher bleibt, das Sondereigenthum aber an den Begabten veräußert, oder resp. dieser in das deutsche Gesammteigenthum mit dem Vergabenden getreten ist.[4]

Ja, man muß sagen, dieser juristische Irrthum, diese verwechselnde Identificirung von Testament und Schenkung ist im höchsten Grade consequent, wenn man zuvor den begrifflichen Irrthum begeht, das Testament für eine Vermögensverfügung, eine Vergabung aufzufassen.

Wenn das Testament, wie im römischen Geiste, die Willensfortsetzung des Erblassers darstellt, so ist ebenso begreiflich wie nothwendig, daß diese Willensfortsetzung erst eintritt und eintreten kann, wenn die natürliche Weise, in welcher der erblasserische Wille (als sinnliche Persönlichkeit) existirt, erloschen ist, daß somit erst mit diesem Augenblicke des Todes das Testament mit seinem gesammten Inhalte in Wirksamkeit treten kann. Wenn aber, wie im germanischen Geiste und Rechte, gar nicht mehr die Rede davon ist, daß durch das Testament die Willenssubjectivität des Erblassers fortgesetzt werde, wenn also im Volksgeist die Anschauung diese ist, daß dieser subjective Wille mit dem Tod wirklich erloschen ist, ohne in dem Testament den Apparat einer künstlichen und übernatürlichen Fortexistenz zu haben, so ist es auch ganz unmöglich, diesen Willen, nachdem er erloschen, etwas wollen und also jetzt erst wirksam werden und das vinculum juris erlangen zu lassen.

Es ist dies für das germanische Recht nothwendig ganz ebenso un-

---

[1] Soweit sie überhaupt schon das Testament in sich aufnehmen; in denen der ripuarischen und salischen Franken kommt bekanntlich noch keine Spur von demselben vor.

[2] Siehe Lex Burgund., Tit. XLIII, c. 1 (oben S. 489, Note 1), und das. Tit. LX, c. 1: „Caeterum si quis posthaec barbarus vel *testari* voluerit vel *donare*, aut *Romanam* consuetudinem aut *barbaricam* servandam sciat etc." Das römische Testament und die barbarische Schenkung (Vergabung von Todes wegen) erscheinen hier — denn nur dies ist die richtige und offenbar zu Tage liegende Auffassung der Stelle — als absolut correlative Begriffe.

[3] Hierüber und über die Vergabungen von Todes wegen sehr gründlich: Beseler, Die Lehre von den Erbverträgen.

[4] Siehe Beseler, a. a. O.

möglich, als es für das alte römische jus civile unmöglich war, eine Willensverfügung (ein Legat) aufrecht halten zu wollen, wenn die Willenssubjectivität selbst die Fortsetzung, die sie sich geben wollte, infolge davon daß der Erbe ausschlug, nicht erlangt hatte. Wenn das Testament eine Vermögensvergabung ist, so war es offenbar unmöglich, diese Vermögenshandlung erst dann vornehmen zu lassen oder als rechtlich vorgenommen und also mit dem vinculum juris bekleidet zu denken, wenn der Handelnde bereits todt und somit nicht mehr fähig war, zu wollen und zu geben. Wie unmöglich dies ist, zeigt sich am besten daran, daß selbst die römische donatio mortis causa, weil sie eben kein Testament, sondern eine Vermögensvergabung ist, anerkanntermaßen[1] und trotz ihrer Widerruflichkeit einen sofortigen Vermögensübergang bewirkt, weshalb auch Mancipation, resp. cessio in jure oder Tradition bei ihr nöthig ist.[2]

Dieses juristische Misverständniß des römischen Testaments im germanischen Recht ist also bei Zugrundelegung des begrifflichen Misverständnisses desselben ein höchst logisches und consequentes. Es ist ein Irrthum, in dem größere Wahrheit enthalten ist, als in der Verbesserung desselben.

Dieser Irrthum ist nur ein Beweis von dem Widerstande, welchen noch in der Aufnahme des Testaments die nationale Anschauung und die gesunde Rechtslogik dem fremden unbegriffenen Wesen des Erbthums entgegensetzt, indem sie es unbewußt in eine Schenkung unter Lebenden verwandelt.

Es dauert daher lange, bis dieser Irrthum über den juristischen Charakter des Testaments berichtigt, und dasselbe auch bei den germanischen Nationen wie in Rom zu einem allezeit und willkürlich widerruflichen, erst mit dem Tode Rechtskraft erlangenden Act geworden ist, und diese Berichtigung vollbringt sich in vielfachen und allmählichen Uebergängen, deren Geschichte zu geben hier nicht der Ort ist.

Aber als nun dieser juristische Irrthum berichtigt ist, ist nichtsdestoweniger der begriffliche Irrthum, das römische Testament für eine

---

[1] Siehe z. B. Vangerow, Pandekten, II, 579 fg.; Savigny, System, IV, 266 fg.

[2] Es bleibt, trotz aller Abweichungen, die erst durch eine geschichtliche Entwickelung der donatio mortis causa im Verband mit der von uns gegebenen des Erbrechts klar gelegt werden können, immer ihr Charakter: Praesens praesenti dat (Marcell., L. 38 de mort. caus. don., 39, 6), weshalb sie mit Recht (L. 1 pr. de donat., 39, 5) als eine gewöhnliche Schenkung, welche nur durch eine Bedingung wieder aufgelöst wird (donatio quae conditione resolvitur) angeführt wird.

Vermögensvergabung zu halten und es als solche aufzunehmen, geblieben. Es ist daher durch diese Berichtigung nicht nur nichts gewonnen, sondern es ist jetzt gleichsam der Irrthum nur in seine zweite und noch substantiellere Phase getreten. Denn der juristische Charakter des römischen Testaments ist jetzt dem begrifflichen Boden, in welchem er allein seine geistige Wurzel, seine innere Existenzmöglichkeit hat und welcher allein jenen juristischen Charakter hervortreibt, dem Begriff der Perpetuirung der Willenssubjectivität[1], entrissen, und ohne diese seine organische Grundlage auf die äußerlichste und begriffloseste Weise in eine geistige Welt (Intestaterbthum, Erbthum als eigenes Recht des Familiengliedes auf das an sich gemeinsame Vermögen) und auf einen juristischen Boden (Vermögenshandlung) übertragen, mit welchen sie nach allen Seiten hin in dem widerspruchvollsten Conflict, in dem Verhältniß innerer Unmöglichkeit stehen.

Denn es braucht jetzt nicht mehr bewiesen zu werden — da dieser Beweis vielmehr durch die gesammte Entwickelung dieses Bandes in seiner objectivsten Weise und darum in seiner unwiderleglichsten Schärfe erbracht worden ist —, sondern es braucht nur noch ausgesprochen zu werden, daß, wie sich hierdurch ergeben hat, das gesammte Testamentsrecht der germanischen Nationen nichts ist als — Ein großes Misverständniß! Ein Misverständniß, dessen Entstehung, Natur und Beschaffenheit wir auf das genaueste nachgewiesen haben.

Nationen haben gut fremde und darum in ihrem innersten Wesen unverstandene Institutionen in sich aufnehmen wollen. Juristen haben gut diesen Institutionen ihren äußern rechtlichen Charakter ablauschen und verpflanzen. Was hieraus entsteht, ist dennoch niemals die wirkliche Aufnahme des Fremden. Hierzu würde vor allem das begriffliche geistige Verständniß des Aufzunehmenden gehören, aber in diesem Falle würde es wegen der Fremdheit dieses seines Begriffs für den andern Volksgeist gar nicht zur Aufnahme kommen. In ihrer Idee gründlich misverstanden wird vielmehr die Institution, resp. was von ihrem

[1] Die germanischen Nationen können trotz ihres Princips der geistigen Unsterblichkeit, oder vielmehr wegen desselben, keinen Sinn und darum auch kein Verständniß für diese Willensunsterblichkeit besitzen, welche das höchste Interesse und den höchsten Inhalt des römischen Geistes bildet, und zwar deshalb, weil ihre Unsterblichkeit zwar auch noch die des subjectiven Geistes, aber des nur auf sein inneres Wesen bezogenen, in sich zurückgezogenen Geistes (Seele, individuelle Seligkeit) ist, nicht mehr die des noch auf die Außenwelt bezogenen subjectiven Geistes, also nicht mehr Willensunsterblichkeit ist. Die Objecte des endlichen Willens kümmern die reine Seele des Christen nicht mehr, und nicht mehr in der Fortdauer seiner Herrschaft über die Außenwelt, wie der römische Geist, hat er die Gewähr seiner Unsterblichkeit.

äußerlichen juristischen Charakter abstrahirt worden ist, unter die Herrschaft der eigenen nationalen Ideen des aufnehmenden Volksgeistes gestellt und in gewaltsamster Weise zu einer rein äußerlichen Einheit mit diesen verbunden. Während die Institution somit hier, da sie um ihren Begriff gekommen, auch eine ganz andere juristische Gestaltung annehmen muß, als auf ihrem ursprünglichen Boden[1], scheint sie gerade dadurch nach dem Verlauf längerer Zeitperioden zu dem eigenen geistigen Inventar der aufnehmenden Nation selbst zu gehören, ist und bleibt aber mit diesem Volksgeiste nur in solcher Einheit, wie etwa ein Dorn mit dem ihn umgebenden Fleische. Ihres Begriffs entäußert, bleibt sie, ebenso wie sie einen totalen Widerspruch gegen ihre frühere organische Gestalt darbietet, ebenso auch nach allen Seiten hin im schneidendsten Widerspruch mit dem neuen Boden, auf den sie verpflanzt, mit den nationalen Ideen, unter deren Herrschaft sie gestellt worden ist, ist und bleibt sie: der Widerspruch in sich selbst, eine innere Unmöglichkeit.

Dies ist das Schicksal des römischen Testaments bei den germanischen Nationen. Aufgenommen von einem Volksgeist, der seiner eigenen nationalen Idee nach alles Erbthum als Intestaterbthum, als das eigene Recht des Erben auffaßt, wird bei diesen Nationen auch dem testamentarischen Erbrecht der Charakter des germanischen Erbthums überhaupt, der Charakter des Intestatrechts aufgedrückt und so die bei letzterm begrifflich nothwendige Maxime: Le mort saisit le vif, auch auf jenes ausgedehnt.

Will man einen noch augenfälligern Beweis hierfür, als die bisherige Auseinandersetzung enthält, so braucht man nur einen Blick auf eine andere Maxime des fränkisch-germanischen Testamentsrechts zu werfen, eine Maxime, in Verbindung mit welcher jener Grundsatz: Le mort saisit le vif, erst sein wahres Verständniß erhält. Wir meinen die Maxime[2]: Solus Deus heredem facere potest, non homo[3], oder, wie sie die französischen Coutümen ausdrücken: Heritier ne s'institute

---

[1] Glaubt man vielleicht, ein alter Römer würde unser heutiges Testamentsrecht noch als ein Testamentsrecht überhaupt gelten lassen, oder würde es ihm nicht vielmehr als eine reine Absurdität erscheinen müssen?

[2] Glanville, De legibus Angliae, VII, 1; vgl. de Laurière sur Loisel, 2, 4, 5.

[3] Es gibt bei richtiger Auffassung gar keine concentrirtere Parallele des Geistes des germanischen und des römischen Erbrechts, als die Vergleichung dieses Satzes mit dem entsprechenden römischen: *Praetor* heredem non facere potest. Wie im germanischen Geist das Erbthum nur durch die natürliche Geburt (Gott, als Ursache derselben) hervorgebracht werden kann, so in Rom nur durch den specifischen historischen Volksgeist, das *jus civile*.

point. Diese Regel, entstanden nach der Aufnahme des Testaments aus dem römischen Recht, um den Unterschied von demselben darzulegen, erreicht diesen Zweck in einem hohen Grade. Sie zeigt auf das sinnfälligste, wie das Testament in seiner Reception selbst in ein seinem römischen Sinne schlechthin Entgegengesetztes und Fremdes verwandelt wird. Sie zeigt, wie dem testamentarischen Rechte selbst von den germanischen Nationen bei seiner Aufnahme der Charakter des Intestaterbrechts aufgedrückt, wie es unter die Herrschaft der nationalen Intestaterbidee gestellt wird, gerade wie wir dies eben von der Geltung der Maxime: Le mort saisit le vif, innerhalb des Testamentrechts gesehen haben[1], und ganz unbekümmert um den radicalen Widerspruch, in welchen dadurch die aufgenommene Testamentsidee mit sich selbst geräth.

Wir wiederholen es, das moderne Testamentsrecht ist, wie sich gezeigt hat, nichts als Ein großes Misverständniß, Eine compacte theoretische Unmöglichkeit!

Es würde nichts nützen, diesen Ausspruch kühn finden, die Augen gewaltsam gegen ihn verschließen, ihm Neologismus und negativen Kriticismus zur Last legen zu wollen. Wir sind nicht von einer subjectiven Polemik, nicht einmal von einer Kritik gegen das Testament ausgegangen. Wir haben dasselbe keineswegs von willkürlich von uns mitgebrachten subjectiven Verstandesgrundsätzen herab beurtheilt. Wir sind vielmehr durchaus positiv begreifend, objectiv darstellend zu Werke gegangen. Wir haben die große culturhistorische Idee des römischen Testaments, seine geistige Wahrheit, sich ergeben sehen; wir haben ihren objectiven Entwickelungsgang durch die Phasen der römischen Rechtsgeschichte und bis zu den germanischen Nationen verfolgt. Wenn es diese streng historische Entwickelung selbst ist, welche mit immanenter Nothwendigkeit in jenes Resultat mündet, so ist dasselbe nicht mehr eine willkürliche und subjective Kritik, es ist die von der Geschichte selbst vollzogene und darum objective Kritik des Testaments, es ist die vom menschlichen Gattungsgeiste selbst vollbrachte Auflösung des Dogmas. Jener Ausspruch hat daher keine geringere Bedeutung, als das absolute Ur-

[1] Es ist dies so wahr, daß selbst in den Zweigen des germanischen Rechts, in welchen die Maxime solus Deus etc. nicht aufgenommen ist, ihr Sinn dennoch zutrifft. Denn auch wo man einen Erben testamentarisch einsetzen kann, ist er doch nur den Worten nach Erbe. In der That aber verhält er sich, da er nicht Willensfortsetzer ist, zum römischen heres immer nur ähnlich wie ein Legatar, ein Bedachter, etwa wie ein legatarius partiarius, in dessen Antheil alle Erbschaftssachen hineinfallen. Daß man aber testamentarisch nur einen légataire universel, nicht einen Erben ernennen könne, ist eben was durch jene Maxime besagt wird.

theil der Wissenschaft zu bilden, gegen welches weder Einwurf noch Appell möglich sein wird.

Der große Irrthum der Neuern, daß das Testament naturrechtlich sei, hat durch die wahrhafte Entwickelung der Idee und Geschichte des Testaments seine so erschöpfende Auflösung gefunden, daß seine wissenschaftliche Fortdauer fortan unmöglich ist.

Weit entfernt von diesem Irrthum, fassen die Römer, statt das Testament für juris gentium zu halten, den öffentlichen Geist für die wesentliche Bedingung nicht nur der Hervorbringung, sondern auch der Fähigkeit zum Testamente auf.[1] Weit entfernt, das Testiren für eine natürliche und darum naturrechtliche Fähigkeit des Individuums zu nehmen, ist der Römer vielmehr von der natürlichen Unfähigkeit des Individuums, nach seinem Tode noch einen Willen auszuüben, so durchdrungen, daß es des Zusammentreffens zweier Willen, des Concurses eines noch lebenden Willens bedarf, welcher den des Todten zu dem seinigen macht, damit der Wille des Todten, das Testament, ein gültiger sei. Wir haben gesehen, wie dies schon in der äußern Form des classischen Testamentsactes heraustritt, in der ältern Gestalt des testamentum per aes et libram, dessen Bedeutung eben diese ist, alle Momente der Idee des Testaments in der äußern Form zu setzen. Wir haben ferner gesehen, wie dies auch nach dem Verfall dieser Testamentsform und zu allen Zeiten, so lange römisches Recht existirt, der inhaltliche Grundgedanke desselben bleibt, indem der Wille des Verstorbenen (das Testament) nur dann und dadurch fortbesteht, daß ihn der Lebende zu dem seinigen macht, und mit dem Ausschlagen oder dem Tode dieses letztern die Nichtigkeit des todten, nicht mehr wollen könnenden Willens, die Ungültigkeit des Testaments eintritt.[2] Es genügt, an diese zwei Punkte zu erinnern. Ueberdies ist unsere gesammte Darstellung des römischen Erbrechts nur eine Durchführung und Entwickelung dieses Gedankens gewesen. Das Römische Recht unterstützt also den Irrthum von der naturrechtlichen Natur des Testaments nicht nur nicht, es schließt ihn aus und ist gerade seine beste Widerlegung. Das Römische Recht, statt anzunehmen, daß der Wille nach seinem Untergange noch verfügen, ein vinculum juris hervorbringen könne — was eine schlechthin sich in sich selbst widersprechende Annahme ist —, ist gerade die ungeheuere Anstrengung, den Willen im Tode der natürlichen Person nicht untergehen zu lassen, sondern ihn durch die Identification mit einer lebenden Willensperson in alle Ewigkeit zu erhalten (Nr. VIII). Das römische Erbthum stellt daher, wie wir erschöpfend gesehen haben, nicht eine

[1] Siehe Nr. X und XV.
[2] Siehe Nr. V.

Vermögenszuwendung, sondern die Forterhaltung der Willenssubjectivität dar. Nur hierin ist seine Substanz, seine geistige Bedeutung, sein Interesse, weshalb wir dasselbe als das Dogma der Unsterblichkeit in seiner römischen Gestalt bezeichnen konnten. Dies ist so wahr, daß zur Zeit, wo der nationale Geist noch in der Blüte seiner ursprünglichsten Gedrungenheit steht, die Fortsetzung der Willenssubjectivität sogar in Spaltung und negativen Gegensatz gegen die Vermögenszuwendung tritt (s. Nr. VII). Ja, dieser Gegensatz ist sogar ein stets bleibender, denn er ist die bleibende Grundlage des Legats (s. Nr. XIV fg.). Und er muß ein bleibender sein, denn erst in dem Sichabstoßen seiner von sich selbst, in der sich zu einzelnen und bestimmten Willenswirkungen treibenden Fortexistenz seiner allgemeinen Willenssubjectivität, also erst in der von dem Erben abstoßenden und seinem Interesse negativen Verfügung des Legats, hat der Wille des Todten die echte Gewähr und Bethätigung, daß er es ist, der in dem erbenden Willen fortexistirt. Das höchste Interesse des Erblassers, die unzweifelhafteste Bethätigung seiner Willensfortdauer ist nicht, daß der Erbe hat, sondern daß der Erbe handelt, wie sein, des Erblassers Wille ihn handeln läßt (s. Nr. VI und VII).

Das Römische Recht, weil es also wirklich die Fortexistenz des Willens des Todten durch die Identificirung ihrer Willenssubjectivität, die Erbe und Erblasser vornehmen, hervorbringt, wenn auch natürlich in supranaturalistischer und idealistischer Weise, wie der Christ seine Fortexistenz im Jenseits, ist daher das einzige innerhalb seiner consequente, das einzige in sich mögliche Testamentsrecht. Zwar haben wir gesehen, wie auch dieses Testamentsrecht an der Unmöglichkeit seiner spiritualistischen Voraussetzung, daß A=B sei, oder daß die Willenssubjectivitäten des Erblassers und des Erben trotz aller gewollten Identification aufhören können, andere gegeneinander zu sein, zerschellt und zerschellen muß, wie sich ebenso schon in der erbrechtlichen Dogmatik an den äußersten Grenzen dieses Testamentsrechts als in der Geschichte desselben der Widerspruch dieser übernatürlichen Voraussetzung mit der Wirklichkeit hervortreiben muß. Aber von der Unmöglichkeit dieser Voraussetzung einmal abgesehen und diese Anschauung einmal zugegeben, ist innerhalb derselben und somit innerhalb des Testamentsrechts alles vernünftig, consequent und nothwendig. Wenn einmal die Willenssubjectivität trotz des Todes ihres natürlichen Substrates fortexistirt, so ist es auch ganz natürlich, daß dieser Wille noch nach dem Tode wirken und verfügen kann.

Wenn aber, wie im germanischen Rechte, von einer künstlichen Fortsetzung der geistigen Willenssubjectivität durch das Testament gar keine Rede ist, wenn dieses als bloße Vermögenszuwendung aufgefaßt, wenn

der subjective Wille somit, wie er es in Wahrheit ist, als ein mit seinem Tode erlöschender angesehen wird, — wie ist es dann möglich, daß der Wille nach seinem Untergange noch disponirt und Verfügungen trifft? Und zu leugnen ist es doch nicht, daß, da das Testament bis zum erfolgten Tode stets willkürlich widerruflich bleibt, der Wille erst nach dem Tode das vinculum juris erzeugt, rechtliche Willensverfügung wirkt.

Es wird nichts nützen, hiergegen mit Vorwürfen einer atomistischen Rechtsanschauung u. s. w. um sich werfen zu wollen. Diese Vorwürfe wären schon um dessentwillen ganz unangebracht, weil die vorstehende Argumentation ja zunächst nur das Testamentsrecht, und nicht das Intestaterbrecht trifft, welches man ohnehin bei uns als das substantiellere ohne Schwierigkeit gelten läßt. Und auch abgesehen davon, wäre dieser angebliche Atomismus mit der Logik selbst identisch, da es der absolute Widerspruch in sich selbst ist, daß der Wille, nachdem er zu sein aufgehört hat, wollen und geben kann. Es findet sich daher dieser Widerspruch nur als Folge der erörterten misverständlichen Auffassung des römischen Testaments als einer Vermögensverfügung im germanischen Rechte vor. Oder vielmehr richtiger, eben wegen dieser irrthümlichen Auffassung findet sich dieser unmögliche Widerspruch auch im germanischen Rechte nicht vor, sondern es wird nun, wie wir gesehen haben, deshalb das Testament von ihm in eine sofortige Vermögensentäußerung, in eine Schenkung unter Lebenden umgewandelt. Erst Schritt für Schritt bringen es die romanischen Juristen dahin, diese Reaction der nationalen Rechtsvernunft zu besiegen und die rechtliche Wirkung des römischen Testaments in das germanische Recht empirisch hinüber zu impfen.

Betrachtet man jetzt also, mit welchem Recht und auf welchen Grund hin man das moderne Testament für ein Naturrecht ausgegeben hat, so ergibt sich ein gar seltsames Resultat. Man hat ein Naturrecht gemacht aus dem, was vielmehr eine natürliche Unmöglichkeit ist! Man hat ein Naturrecht gemacht aus einem Rechte, — welches sich nie und nirgends vorfindet, in dem nationalen Rechte keines Volkes und keiner Zeit[1], weder im römischen, noch im germanischen! — Gerade weil sie weder begriffen, warum sich dieses angebliche Recht im germanischen Recht nicht findet, noch welche ganz andere Natur und Bedeutung es im Römischen Rechte hat, — aus diesem doppelten

[1] Es ist bekannt, daß der Orient nur Intestatrecht kennt. Was das attische Recht betrifft, so ist nicht hier der Ort zu beweisen, aber von selbst einleuchtend, daß das sehr späte Aufkommen des Testaments von Rom importirt ist. Die attische Vermögensübertragung durch Adoption ist natürlich etwas ganz anderes.

Irrthum haben die Juristen die erst durch ihr eigenes gelehrtes Mißverständniß hervorgebrachte Fähigkeit des todten Willens, über das Vermögen zu verfügen, zu dem stolzen Range einer naturrechtlichen erhoben!

So blutig und schneidend die Ironie dieser Gegensätze ist, so wenig wird man ihre nachgewiesene thatsächliche Wahrheit bestreiten können. Aber auch die innere Verbindungsbrücke, welche zwischen diesen schroffen Gegensätzen besteht, liegt näher, als es auf den ersten Blick scheinen sollte. In der That, gerade weil man den begrifflichen Zusammenhang, die geistige Entstehung und Vermittelung des römischen Testaments nicht begriff — und deshalb natürlich auch nicht den Proceß seiner Uebertragung in das Recht der germanischen Nationen —, weil man also seine wahre historische Geistespositivität nicht verstand, mußte dies Recht zu testiren als ein unmittelbar gegebenes erscheinen. Folglich konnte und mußte es nach zwei entgegengesetzten Seiten hin mißverstanden werden, und ist auch wirklich nach beiden Seiten hin misverstanden worden. Man konnte es, als unmittelbar gegebenes, als ein blos äußerliches positives Rechtsinstitut auffassen, — und dieser nicht weniger große Irrthum ist von Allen begangen worden, welche das Testament nicht für naturrechtlich halten. Dieser Irrthum ist durch unsere Darstellung gleichfalls gänzlich beseitigt. Wir haben gesehen, wie das römische Testament vielmehr in der innersten Entwickelungsgeschichte des welthistorischen Geistes selbst seine ideelle Genesis und nothwendige Wurzel hat, wie es selbst eine Phase dieses Werdensprocesses des Geistes darstellt, statt blos äußerlich positiv zu sein.

Oder aber man konnte — hier wie immer gehen die abstracten Gegensätze ineinander über — als unmittelbar gegebenes das Testament als ein natürlich-gegebenes, d. h. als Naturrecht auffassen.

Und die Flachheit des eben erörterten entgegengesetzten Irrthums mußte freilich zu diesem nicht minder verkehrten treiben.

Beide Irrthümer sind jetzt von uns aufgelöst, und es ist in ihre Wahrheit hindurchgebrochen worden.

Es hat sich gezeigt, daß das Testament, weit entfernt davon, ein nur positiv gegebenes Rechtsinstitut zu sein, ein nothwendiges Moment des Geistes in seiner historischen Entwickelung darstellt, und ebendeshalb ebenso weit entfernt, ein bleibendes oder naturrechtliches zu sein, mit dem Vorübergehen dieser Entwickelungsstufe des welthistorischen Geistes, der römischen Stufe, um jeden Sinn, Zusammenhang und innere Möglichkeit gekommen ist, und nicht nationaler Rechtsschöpfung, sondern nur gelehrtem Misverständniß seine widerspruchsvolle Erhaltung verdankt.

Zugleich haben wir an diesem großen Beispiel des Erbrechts einen

lehrreichen Nachweis, wie Gelehrte Geschichte machen, wenn sie Producte des geistigen Lebens anderer Nationen in empirischer Auffassung unverstanden übertragen.

Jetzt erst nach dieser Darlegung und Charakterisirung der Beschaffenheit, welche die Aufnahme des Testaments durch die germanischen Nationen hat, begreift sich klar und lichtvoll von innen heraus, wie in jener Periode, wo mit allem blos empirisch Ueberlieferten gebrochen wurde, in jener Zeit, wo, wie Hegel sagt, „die Welt auf ihren Kopf, die Vernunft, gestellt wurde", das Gesetz des französischen Nationalconvents vom 7./10. März 1793, durch welches alle Fähigkeit, in directer Linie zu testiren[1], abgeschafft wurde[2], so möglich wie nothwendig war. Es würde blos von gänzlicher Gedankenlosigkeit zeugen, dasselbe auf Rechnung der beliebten Declamationen von abstracter Gleichheitswuth des Convents setzen zu wollen. Wie der Instinct stets der bewußten Theorie vorausgeht, war es nichts als der aus der Reaction gegen alles empirisch Ueberlieferte von selbst entspringende, unbewußte Rückgang des Volksgeistes auf seine eigene nationale Substanz.[3]

[1] Vgl. hierüber und über die Fortsetzung des vom Convent erlassenen Erbrechts im Code Napoléon genauer im ersten Bande, S. 377 fg.

[2] Brissot, der Chef der Gironde, tritt dabei mit großer theoretischer Bewußtheit auf. „Le premier principe", sagt er, „c'est que le droit de tester est une de ces conventions *sociales*, qui ne tiennent leur existence que de la loi; le second, c'est que la loi peut ne pas faire exécuter *la volonté d'un individu qui n'est plus*. La loi peut supprimer la convention qu'elle garantit; le droit de tester peut donc être aboli." (Moniteur vom 9. u. 10. März 1793.) Bei tieferer Betrachtung führen sich, wie wir gesehen haben, diese beiden Principien auf eine Einheit zurück und das „la loi peut ne pas faire exécuter etc." verwandelt sich in ein „ne peut pas faire exécuter la volonté d'un individu qui n'est plus", was auch Brissot's Conclusion innerlich zu Grunde liegt.

[3] Es zeigt sich hier wieder beiläufig, als wie seicht sich, wenn man tiefer dringt, das unwissende Geschwätz der Tagespublicisten à la Dietzel herausstellt, welche in der Französischen Revolution von 1789 den Triumph des „Romanismus" und den Untergang des germanischen Elements in der französischen Nation erblicken. Wir sehen im stricten Gegentheil, wie der Convent es gerade ist, welcher, den seit Jahrhunderten empirisch aufgenommenen und in Deutschland noch ruhig fortbestehenden Romanismus entfernend, mit der größten Energie wieder auf den eigenen Gehalt des germanischen Geistes zurückgeht. Da wir hier übrigens, wie schon mehrere mal im Laufe dieses Werks, dieses Dietzel'schen Raisonnements Erwähnung gethan haben, welches gerade seiner Oberflächlichkeit wegen so große Beliebtheit und Verbreitung gefunden und selbst Männer mit sich fortgerissen hat, von denen man ein Besseres hätte erwarten sollen, so sei es erlaubt, hier die Ansicht anzuführen, die ein anderer Mann, ein Mann freilich auch von ganz andern realen Studien, die Eduard Gans über das Verhältniß der Französischen Revolution zum germanischen und romanischen Geiste ausspricht. Gans

Freilich wird damit nicht bis in die germanischen Wälder zurückgegangen. Der begriffliche Unterschied von dem Charakter des germanischen Erbrechts besteht unter diesem Conventsgesetze nämlich darin, daß die Intestaterben (Kinder) während des Lebens des Erblassers kein Recht (kein ansich seiendes) auf das Vermögen desselben haben, derselbe vielmehr (vgl. dagegen oben über das Erbeigen) beliebig auf lästigen Titel veräußern kann, und deshalb auch consequent alle Theile der Erbschaft für die Schulden haften. Die Intestaterben erben also nur, insofern etwas beim Tode noch da ist, sie erben gesetzlich, insofern irgend Vermögensgegenstände zur Vererbung überhaupt kommen; sie haben aber kein Recht mehr darauf, daß irgendein Theil von dem Vermögen des Lebenden zur Vererbung komme. D. h. es hat sich jetzt gerade die Idee der individuellen Freiheit so weit gegen das germanische Recht entwickelt, daß der Eigenthümer zum alleinigen und unbedingten Eigenthümer geworden ist. Mit andern Worten liegt aber hierin nur, daß das Eigenthum jetzt nicht mehr, wie Hegel will, und wie im germanischen Recht wirklich der Fall ist, an sich gemeinsames Eigenthum der Familie ist, und sich diese ansichseiende Gemeinsamkeit beim Tode nur auflöst. Denn hierzu wäre eben erforderlich, daß schon bei Lebzeiten des Eigenthümers ein an sich vorhandenes und seine Veräußerungsbefugniß beschränkendes, wenn auch erst nach seinem Tode zur actuellen Wirksamkeit gelangendes Recht der Intestaterben da wäre. Da dies nicht der Fall, so ist das Eigenthum jetzt rein individuelles Eigenthum, nicht Familieneigenthum. (Nur verschenken kann der Eigenthümer beim Dasein von Kindern auch während seines Lebens nicht über die quotité disponible hinaus.) Auf welchem Princip beruht nun aber hier die Intestaterbfolge? Da der Eigenthümer alles auf lässigen Titel veräußern und verschenken kann, beruht sie nicht auf einem eigenen Vermögensanrechte der Intestaterben, welches sonst schon bei Lebzeiten als ein Ansich vorhanden sein müßte. Da der Erblasser nicht testiren kann, so beruht sie auch nicht auf einem präsumirten Willen desselben. Es ist also klar, daß sie auf nichts anderm beruht, als auf dem die Vermögenshinterlassenschaften regelnden allgemeinen Willen des Staates. Sie beruht auf der Familie, da sie nur diese beruft, aber nicht mehr auf der Familie

(Erbrecht, III, 480) schließt seine Auseinandersetzung über das Verhältniß des romanischen und germanischen Geistes in Frankreich mit den Worten: „Wenn seine romanische Grundlage es schon im Mittelalter glänzen ließ, so hat die freie Bewegung des germanischen Geistes in ihm sich ebenso von diesem Mittelalter, freilich in Form einer gewaltigen Feuersbrunst, zu befreien gesucht, und die neue Cultur, an deren Spitze es getreten, läßt von einem alten Frankreich sprechen, das sich von dem heutigen unterscheidet."

als aus eigenem Recht erbender, auch nicht auf der Familie als durch den präsumirten Willen des Todten berufen, sondern auf der Familie als Staatsinstitution. (Weshalb nun auch die Befugniß des Eigenthümers zu Schenkungen im Interesse der Familie beschränkt wird und werden kann.) Hier zeigt sich, in ihrem Innern betrachtet, eine jener geistigen Aehnlichkeiten der Französischen Revolution mit dem altrömischen Volksgeiste und seinem strengen jus civile. Doch ist ebenso wenig der Unterschied und Gegensatz zu übersehen. Dort (Nr. XL) galt der allgemeine Staatswille nur als der präsumirte Wille des Individuums, hier gilt vielmehr das individuelle Verhältniß der Familie nur als Institution des Staates. Das Allgemeine ist also hier gerade in viel tieferm und principiellerm Sinne der geistige Boden des Erbrechts.

Selbstredend wird jedes Erbrecht, welches, wie der Convent die Testirfreiheit aufhebt, andererseits aber auch ein ansichseiendes Vermögensanrecht der Intestaterben bei Lebzeiten des Eigenthümers nicht anerkennt, auf demselben Principe beruhen. Aber wenn auch nur, wie meist in den gegenwärtigen Erbrechten der Fall, die letztere Bedingung zutrifft, Testirfreiheit aber innerhalb einer quantitativen Grenze (quotité disponible) besteht, so wird doch bis zu dem Punkte, wo diese quotité disponible und also mit ihr die Testirfreiheit eintritt, das eben Entwickelte der Charakter dieses Erbrechts sein. (Denn soweit das Individuum nicht testiren kann, soweit läßt sich das Intestatrecht nicht als präsumirter individueller Wille auffassen.) Es ist also, wie sehr dies auch verwundern oder erschrecken mag, bei der wahrhaften Betrachtung dennoch der Fall, daß die meisten heutigen Erbrechtssysteme, wie z. B. der Code Napoléon, in ihrem innersten Grunde und bis zum Eintreten der disponibeln Quantität, ansich oder im Princip nichts anderes darstellen, als eine Regelung der Hinterlassenschaften von Societätswegen.

Wegen jenes innern absoluten Widerspruchs des Testaments ist es endlich noch keinem Philosophen gelungen, einen wahrhaften und haltbaren Begriff des Testaments aufzustellen; und dies ist der letzte Nachweis, den wir als Schluß dieser Darstellung zu erbringen haben.

Von Hegel haben wir bereits nachgewiesen, daß seine Erbrechtstheorie lediglich eine Theorie des Intestaterbrechts ist, und das Testament aus ihr heraus weder gerechtfertigt ist noch werden kann. Der einzige Philosoph außer Hegel aber, welcher eine Erbrechtstheorie aufgestellt hat, die diesen Namen verdient, ist Leibniz. Seine Testamentstheorie ist folgende[1]: „Testamenta vero mero jure nullius essent momenti,

[1] Nova Methodus Jurisprud., ed. Lips. et Halae 1748, pars specialis, §. 20, p. 43.

nisi anima esset immortalis, sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum, quos vero heredes reliquerunt, concipiendi sunt ut procuratores in rem suam." („Testamente aber wären mit vollem Recht durchaus null und nichtig, wenn die Seele nicht eine unsterbliche wäre. Aber weil die Todten in Wahrheit noch leben, so bleiben sie Eigenthümer der Sachen, diejenigen aber, welche sie als Erben zurückließen, sind aufzufassen wie ihre stellvertretende Verwalter in dem Vermögen.")

In mehr als einer Hinsicht sind diese tiefen Worte des tiefen Denkers vom größten Interesse! Zunächst tritt deutlich hervor, wie nahe daran Leibniz war — und bei dem Urheber der Monadenphilosophie, in welcher das Princip der reinen Individualität seine höchste geistige Spitze gefunden hat, erhellt sofort die Nothwendigkeit dieses Uebereintreffens —, das Princip des römischen Erbrechts aus sich heraus zu reproduciren. Das Testament hat ihm nur deshalb Gültigkeit, weil die individuelle Seele des Erblassers unsterblich ist, weil die Seelen auch nach dem Tode manent domini rerum, ganz wie wir in der That den objectiven Hervorgang des römischen Testaments aus dem Manenglauben nachgewiesen haben. Aber kein Einzelner denkt mit der Consequenz eines Volksgeistes, und Leibniz ist, indem er auf dem Wege ist, die Idee des römischen Testaments auf dem Boden des christlichen Geistes zu reproduciren, durch den Einfluß dieses Bodens auch gezwungen, wieder in das reine Gegentheil der römischen Erbrechtsidee zu verfallen. Denn während die römische Testaments- und Erbrechtsidee überhaupt die versöhnte Identification der beiden Willenssubjectivitäten des Erblassers und Erben ist, welche hervorbringt, daß ersterer in letzterm fortlebt, daß letzterer, der heres, selber der Erblasser und seine Fortexistenz ist, kann auf dem Boden des christlichen Geistes, der die Fortexistenz des Individuums wo anders als in dem von ihm als endlich aufgegebenen subjectiven Willen weiß, diese Auffassung nicht mehr stattfinden, und der Erblasser bleibt daher der Eigenthümer des Vermögens, zu welchem sich der Erbe nur als sein Verwalter bestimmt.

Kritisch betrachtet, widerlegt sich die Theorie von Leibniz sehr einfach.

Zunächst ist klar und wird von Leibniz gerade selbst anerkannt und hervorgehoben, daß hiernach nur unter der Voraussetzung der Unsterblichkeit der Seele von einem Testamente die Rede sein kann. Aber selbst noch unter dieser Voraussetzung ist seine Theorie in philosophischer wie juristischer Hinsicht gleichmäßig unhaltbar. Erstens deshalb, weil bei der christlichen Unsterblichkeit, im Gegensatze zu der römischen, der als reine Seele fortexistirende Geist nicht mehr auf die irdische Außenwelt und deren sachliche Theile bezogen sein kann. Er hat diese Be-

ziehung mit der Einkehr in den Himmel seiner reinen Wesenheit abgestreift. Seine himmlische Fortexistenz ist gerade dies, diese Endlichkeit in sich selbst und diese Beziehungen auf Endliches aufgehoben zu haben. Bei der christlichen Unsterblichkeit, bei der Unsterblichkeit der Seele, kann daher der Todte nicht mehr fortfahren, Eigenthümer zu sein. Der Römer kann ihm diese Fortexistenz geben, weil er die Unendlichkeit überhaupt im Willen selbst erblickt, und daher dem Willen des Erblassers die Unsterblichkeit in dem subjectiven Willen eines andern Lebenden gibt. Der christliche Geist, der sich, weil ihm die Unsterblichkeit Einkehr in sein reines Gattungswesen ist, dieselbe nicht in einem andern lebenden Subject geben kann, sondern sie in den transscendenten Himmel der absoluten Geistigkeit verlegen muß, zeigt eben hieran, wie er nach seinem eigenen Gedanken principiell gar nicht fortfahren kann, Eigenthümer zu bleiben.

Zweitens, wäre der Todte Eigenthümer, ohne selbst in dem Lebenden fortzuexistiren, so ist nach dem Frühern philosophisch wie historisch klar, daß er dann gar nicht diese positive und versöhnte Stellung zu dem Lebendigen als seinem Stellvertreter und Procurator einnehmen könnte, wie sie ihm Leibniz in einer willkürlichen Vorstellung leiht, sondern als bleibender Willensherr und Eigenthümer zu dem Lebenden, der kein Eigenthümer ist, folgerecht in das negative Verhältniß treten müßte, das sich uns philosophisch als die erste Stufe dieses Verhältnisses herausgestellt und historisch als die pelasgische ergeben hat. Drittens endlich tritt zur philosophischen Widerlegung und als eine nothwendige Folge derselben die juristische, daß nach Leibniz, wenn man von den beiden ersten Gründen selbst absähe, zwar das testamentarische Erbthum gerettet, aber das Eigenthum untergegangen wäre. Nach der Theorie Leibnizens wäre Adam, resp. der erste Testator, der einzige Eigenthümer, alle andern Menschen nur in alle Ewigkeit Verwalter und Procuratoren desselben. Die juristische Kategorie des Eigenthums wäre untergegangen, und diese Theorie steht daher mit dem gesammten juristischen Stoff selbst in dem diametralsten Widerspruch.

So zerschellt auch die Leibniz'sche Theorie vollständig. — Endlich muß noch hervorgehoben werden, daß, obgleich Leibniz das Angeführte nur in Bezug auf das Testament sagt, er dennoch durch dasselbe vermöge der nothwendigen Consequenz des Gedankens seiner eigenen Theorie des Intestaterbrechts widerspricht und sie aufhebt.[1] Denn wenn Leibniz

[1] Diese faßt er in folgende zwei Sätze: „Successio, quae non producit novum jus, sed vetus transfert. Succedunt autem ab intestato mero jure soli descendentes, in stirpes, sed ita in ea tantum bona quae parentis erant, cum nascerentur, quia anima eorum per traducem ex anima parentis orta

einmal den positiven Satz aufstellt, daß wegen der Unsterblichkeit der Seele die Todten in Wahrheit noch leben und deshalb weiter Eigenthümer der Sachen bleiben (sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideo manent domini rerum), so gilt das dann nothwendig und um so mehr auch von den *ab intestato* hinterlassenen Sachen, und Leibniz hebt dadurch selbst auf, was er uns (s. d. Note) über die Begründung des Intestaterbrechts sagt.[1]

Es zeigt sich hier wieder in der directesten Bestätigung und Ergänzung des oben Gesagten (S. 486, Anmerkung), wie die Leibniz'sche Erbrechtstheorie nur Testamentstheorie ist und das Intestatrecht nicht aus sich entwickeln kann, gerade wie die Hegel'sche Erbrechtstheorie nur Intestaterbrechtstheorie ist und das Testament nicht aus sich zu erklären vermag.

Leibniz kann, weil er vom individuellen Geist ausgeht, als Erbrechtstheorie nur eine Testamentstheorie produciren, wie Hegel, weil er vom allgemeinen Geist und resp. der Familie ausgeht, nur eine Intestatrechtstheorie produciren kann. Letzterer muß deshalb das germanische Erbrecht als identisch mit der Idee des Erbrechts überhaupt auffassen, wie Leibniz, trotz des diametralen Unterschiedes, auf ein der römischen Erbthumsidee analoges Princip gerathen muß. Allein wenn sich auch die Leibniz'sche Theorie so nach allen Seiten hin auflöst, so bleibt doch als das große Verdienst dieses mit gewaltigem Blick von der Oberfläche der Dinge stets in das tiefste Innere derselben eindringenden Denkers der tiefe Satz übrig, mit welchem wir diese Darstellung schließen wollen:

„Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis."

---

est; caeterorum successio ab intestato pertinet ad fontem pactorum, quia ex lege descendit."

[1] Es wäre also für Leibniz erforderlich gewesen, auch das Intestaterbrecht aus der Unsterblichkeit der Seele und dem fortdauernden Eigenthumsrecht des Todten zu entwickeln, statt es, wie er in dem zweiten Satze thut, ex lege und resp. selbst aus der Ueberleitung (per traducem) der Seele bei der Zeugung (man vergleiche die Rolle, welche dies bekannte Dogma in der christlichen Theologie spielt) fließen zu lassen; d. h. er hätte das Intestaterbrecht als eine subsidiäre Procuration und Stellvertretung des Todten entwickeln müssen, wie dies das römische jus civile thut, wobei sich wieder die geringere Consequenz des Individuums gegen den Volksgeist zeigt.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.